مفهوم الولاية في الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)

إعداد:

سلام عبد الزهرة الفتلاوي

أنغام محمود شاكر

ملخص البحث :

يعد عقد الزواج من العقود التي عنى المشرع الإسلامي باحترامها وصيانتها لما له من خصوصية تكمن في الآثار المترتبة عليه والتي لا تقتصر على المرأة وحدها بل تمتد إلى جميع أفراد الأسرة إذ ينشأ قرابة مصاهرة تترتب عليها الكثير من أحكام الحل والحرمة.

مقدمـــــة :

بما إن المرأة قد تكون غير قادرة على إدراك وجه المصلحة فقد لا تحسن اختيار زوجها خاصة وإنها قد طبعت على خلق وغرائز تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل وما أحوج هذا العقد إلى التروي والتبصر قبل إبرامه ، من هنا عد فقهاء المسلمين الأنوثة سبباً من أسباب الولاية على النفس لحماية ورعاية المولى عليها وحفظاً لحقوقها ، وتحقيقاً لهذا الهدف أهتم الفقه الإسلامي بطرق اختيار الأولياء والشروط التي يجب أن تتوفر فيهم .

ولتسليط الضوء على ما تقدم وزعنا الكلام في هذا الموضوع على ثلاثة مباحث ؛ تناولنا في المبحث الأول مفهوم الولاية في الزواج ، أما المبحث الثاني فأفردناه لأصناف الولاية وخصّصنا الثالث لشروط الولاية .

المبحث الأول

التعريف بالولاية في الزواج

إن الولاية في الزواج هي من أنواع الولاية على النفس والتي يقصد بها نفاذ الأقوال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس المولى عليه ، فهي سلطة يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الأمور الشخصية للمولى عليه كتأديبه وتربيته وتزويجه وبذلك تكون ولاية التزويج من الأمور الداخلة في الولاية على النفس وجزءاً منها [١] .

والولاية في الزواج قد تكون ولاية قاصرة أو متعدية [٢] فالولاية القاصرة هي سلطة تزويج الإنسان نفسه بلا توقفها على رضا أحد ما دام أهلاً للتعاقد فهي لاتنفك عن الأهلية مطلقا [٣] فطالما كان الإنسان أهلاً للتعاقد كانت له ولاية على جميع شؤونه وكانت جميع تصرفاته وعقوده نافذة في حق نفسه دون التوقف على إجازة من احد .

أما الولاية المتعدية فالمراد منها أن يكون للإنسان حق تزويج غيره إذ تمنح الولاية المتعدية صاحبها القدرة على مباشرة التصرفات وإنشاء العقود ونفاذها في حق غيره (٤) .

ومن هنا فإن الولاية المتعدية هي التي ستكون محلاً للبحث والدراسة لأن الولاية في الزواج هي داخلة فيها وجزء منها .ولأجل تسليط الضوء على مفهوم الولاية في الزواج قسمنا هذا المبحث على مطلبين ؛ خصصنا أحدهما لتعريف الولاية في الزواج ، وكرسنا الآخر لأسباب الولاية في الزواج .

المطلب الأول

تعريف الولاية

للولاية معنى لغوي وأخر اصطلاحي ، ولأجل الإحاطة بهذين المعنيين قسمنا هذا المطلب على فرعين ؛ بينا في الأول معنى الولاية لغة ، وتحدثنا في الثاني عن معنى الولاية اصطلاحاً .

الفرع الأول

تعريف الولاية لغةً

الولاية لغة : الولاية بكسر الواو معناها السلطان ، وبفتح الواو وكسرها معناها النصرة وقال سيبويه : الولاية بالفتح المصدر ، والولاية بالكسر الاسم ، ومن معانيها أيضا الوصاية- بالفتح والكسر- فيقال : أولى فلانا على اليتيم أوصاه عليه (٥) . وولي عليه ولاية أي ملك أمره وقام به فهو وليه (٦). ويقال لكلٍ من طرفي الولاية ولي . والولي قد يأتي بمعنى اسم الفاعل بقوله تعالى (الله ولي الذين أمنوا) (٧) وقد يأتي بمعنى اسم مفعول كقوله تعالى (وما لهم من دونه من وال) (٨) . وبناءً على ذلك يكون معنى الولي ضد العدو. والولي في أسماء الله تعالى هو الناصر والمعين وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها كما في قوله تعالى :

(وكفى بالله ولياً وكفى بالله نصيراً)(٩) فولاية الله لعباده هي عبارة عن تدبير شؤونهم وتوليه أمورهم (١٠) . وكل من ولي أمر أحد فهو وليه أي قائم بأمره (١١) . والولي القرب والدنو وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته وولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح بدونه (١٢) .

الفرع الثاني

تعريف الولاية اصطلاحا

اهتم فقهاء الإسلام ، وتتبعتهم في ذلك بعض قوانين الأحوال الشخصية ببيان معنى الولاية في الزواج كما سنبينه فيما يأتي :

أولاً / تعريف الولاية في الفقه الإسلامي :

لم يعط الفقهاء تعريفاً معيناً للولاية في الزواج وإنما أوردوا بعض الألفاظ والعبارات التي يمكن من خلالها بيان معنى الولاية في الزواج وهذا ما سنتولى بيانه تباعاً :

١ – الولاية عند الإمامية :

لم يضع فقهاء الإمامية تعريفاً محدداً للولاية في الزواج وإنما أشاروا في معرض كلامهم عنها إلى مايستدل به على معناها .

فقد جاء في مسالك الإفهام للشهيد زين الدين العاملي ما نصه : (لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد للأب وان علا والمولى والوصي والحاكم)(١٣) ، كما عبر عن المعنى ذاته محمد حسن النجفي في جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام (١٤) . ووافق على أولوية الأب والجد في الولاية في الزواج كل من الشهيد محمد

جمال الدين مكي العاملي في كتابه الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (١٥) ، والعلامة جعفر الحلي في المختصر النافع في فقه الأمامية [١٦] . يستخلص مما تقدم أن الولاية عند فقهاء الإمامية هي القدرة على إنشاء عقد الزواج فيستقل الأب أو الجد أو وصيهما بولاية العقد .(١٧)

٢- الولاية عند الحنفية :

لم يعرف فقهاء المذهب الحنفي الولاية في الزواج بشكل خاص وإنما أطلقوا الأمر وعرفوا الولاية بشكل عام بأنها :(تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى) وهذا ما أورده ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق شرح كنز الدقائق[١٨]،وعالج قسم من فقهاء الحنفية كشمس الدين السرخسي في مبسوطه(١٩)، والكاساني في بدائع الصنائع(٢٠) والسمرقندي في تحفة الفقهاء(٢١) أحكام الولاية في عقد الزواج بشكل عام دون التطرق لتعريف محدد للولاية في الزواج .

وبالرغم من أن فقهاء الحنفية لم يعرفوا الولاية في الزواج إلا أنهم قسموا هذه الولاية على ولاية الإجبار في الزواج وولاية الاستحباب [٢٢] .

ومن خلال التمعن بالتعريف العام للولاية نجد أن الولاية في الفقه الحنفي تشعر بسلطة الولي على من تحت ولايته وتركز على عنصر السلطة في تحديد مهمة الولي وإغفالها لعنصر الرعاية الذي هو غرضها الحقيقي [٢٣] .

وبذلك يمكن أن ينطبق المفهوم العام للولاية على ولاية الإجبار في الزواج التي يملك فيها الولي مباشرة عقد الزواج على من تحت ولايته دون إذنه ورضاه [٢٤].

٣ – الولاية عند المالكية :

لم يذكر فقهاء المالكية تعريفاً معينا للولاية في الزواج ولكن أوردوا ما يمكن أن يشير إليها بقولهم (لانكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل) [٢٥]. من خلال هذا النص يتبين لنا أن الولاية في الزواج عند المالكية تنقسم على ولايتين ولاية خاصة وولاية عامة ، الولاية الخاصة هي ولاية النسب والقرابة لقوله تعالى((وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض))[٢٦]، أما الولاية العامة تكون للمسلمين بحق الديانة لقوله تعالى ((المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض)).[٢٧]

٤ – الولاية عند الشافعية :

مع أن فقهاء الشافعية لم يخصصوا تعريفاً للولاية في الزواج إلا أنهم عبروا عن الولاية في الزواج بلفظ (ولايكون الرجل ولياً بولاء وللمزوجة نسب من قبل أبيها يعرف ولاللأخوال ولاية بحال أبدا إلا أن يكونوا عصبة وإذا لم يكن للمرأة عصبة ولها موال فمواليها أولياؤها ولا ولاء إلا لمعتق ثم أقرب الناس بمعتقها وليها كما يكون أقرب الناس به ولي ولد المعتق لها وقال اجتماع الولاة من أهل الولاء في ولاية المزوجة كاجتماعهم في النسب) [٢٨]. ويبدو من هذا النص أن الولاية في الزواج في المذهب الشافعي تثبت لدفع العار عن النسب ، والنسب إلى العصبات وإن لم يكن للمرأة عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته ، لأن الولاء كالنسب بالتعصب فيكون كالنسب في التزويج وإن لم يكن فوليها السلطان. (٢٩)

٥– الولاية عند الحنابلة :

لم يعط فقهاء الحنابلة كذلك تعريفاً محدداً وواضحا للولاية في الزواج إلا أنهم تعرضوا إلى الولاية في الزواج بمعنى موافقة ولي المرأة على عقد زواجها بوصفه شرطاً لصحة العقد فلا يصح العقد بلا موافقته ، وهذا المعنى ذكره عبد الرحمن بن قدامة في الشرح الكبير (فإذا زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولاتملك توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح)(٣٠).

٦– الولاية عند الزيدية :

لم نجد نصاً صريحاً في الفقه الزيدي يتعرض لتعريف الولاية في الزواج فغاية ما قالوه : (إن الأولياء هم العصبة المتناسبون والحرمة بالنسب مجتمعون وأولاهم بعقد نكاح المرأة وتزويجها أحقهم بورثة ما تتركه من ميراثها)[٣١]. فهذا النص يعد دليلاً على أن الولاية في الزواج عند فقهاء الزيدية تكون للعصبات لما لهم من حق في الولاية في الزواج .

٧ – الولاية عند الظاهرية :

سارالفقه الظاهري على نهج باقي الفقهاء في عدم إيراد تعريفٍ للولاية في الزواج لكنهم ضمنوا نصوصهم ما يشير إليها بقولهم: (لا يحل للمرأة نكاح ثيباً أو بكراً إلا بإذن وليها).[٣٢] ومن خلال التمعن في هذا النص يتبين لنا أن صحة نكاح المرأة يتوقف على رضا الولي وإذنه .

ثانياً / تعريف الولاية في القانون

تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية في تنظيم الولاية في الزواج ، فبعض منها نظم موضوع الولاية في الزواج في حين أغفل البعض الآخر الإشارة للولاية وفضل عدم الخوض فيها تاركاً ذلك للفقه الإسلامي الذي أفاض في تفصيل أحكامها . ولأجل تسليط الضوء على مواقف هذه التشريعات قسمنا الكلام على فرعين ؛ تناولنا في أولهما موقف التشريعات التي لم تتطرق إلى تعريف الولاية في الزواج والأحكام الخاصة بها ، وخصصنا ثانيهما لموقف التشريعات التي عنيت بالولاية ونظمت أحكامها .

أ – موقف التشريعات التي لم تتناول تعريف الولاية في الزواج :

لم تعالج بعض التشريعات موضوع الولاية في الزواج من حيث تعريفها وبيان الأحكام الخاصة بها ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل حيث لم يتطرق إلى ذكر تعريف معين وواضح للولاية في الزواج سوى ما أشار إليه في المادة الثامنة /أولاً والتي نصت على أنه : (إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي.......) .

والملاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي ذكر مصطلح الولي الشرعي وأكد ضرورة موافقته كشرط لتزويج من أكمل الخامسة عشرة من العمر. [٣٣]

وكذا الحال قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقد خلا من نص يشير فيه إلى تعريف الولاية في الزواج ، كما إنه لم يشر إلى هذا الموضوع عند تنظيمه لأحكام الولاية على النفس في القانون الخاص بالأولياء على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ إلا أن قانون الأحوال الشخصية المصري باعتبار تأثره بالفقه الحنفي بحسب نص المادة (٣) التي نصت على أنه: (تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبو حنيفة) وصفوة القول أن القانون المصري تأثر في أحكام الولاية بالراجح من أراء المذهب الحنفي .

نخلص من ذلك أن التشريعات التي لم تورد تعريفاً للولاية في عقد الزواج يرجع سبب إعراضها عن ذلك لتبنيها لوجهة النظر التي تضيق من نطاق الولاية في عقد الزواج وإعطاء المرأة البالغة العاقلة القدرة على تزويج نفسها بنفسها .

ب – موقف التشريعات التي عرفت الولاية في الزواج

نظمت بعض التشريعات العربية الولاية في الزواج من حيث تعريفها وبيان أحكامها ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ إذ نصت المادة (٢١) منه على أن: (الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث ------)[٣٤].

كما عرف المشرع الكويتي الولاية في الزواج في المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ التي نصت على أن: (الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بنفسه حسب ترتيب الإرث -----) .

يتبين مما سبق عرضه من التعريفات اللغوية والفقهية للولاية في الزواج إن الغرض الحقيقي لها هو التكليف بالحفظ والرعاية وكل ما يتعلق بشخص المولى عليه (من هو تحت الولاية) مادياً ومعنوياً من إنفاق وتطبيب وتزويج وغير ذلك من الرعاية الواجبة على الولي تجاه من هو تحت الولاية [٣٥].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض فقهاء القانون [٣٦] قد عَد الولاية في جوهرها صورة من النيابة والتي تعني قيام شخص مقام آخر في التصرف في جميع الشؤون التي تتصل بشخصه والتي تقبل النيابة من عقود وأفعال [٣٧] ، في حين ذهب البعض الأخر من الفقهاء إلى أن الولاية لاتحقق معنى النيابة فالأب أو الجد أو الوصي إنما يتصرف إبتداءً في شؤون الصغير بما له من ولاية ثابتة شرعاً [٣٨]. والذي يبدو لنا أن الولاية قد تحقق معنى النيابة في جوانب وقد لا تحققها في جوانب أخرى .

فالولاية لا تقتصر على منح الولي سلطة على غيره بل تفرض عليه في الوقت ذاته واجب استعمال هذه السلطة في مصلحة هذا الغير بحيث تبدو وكأنها مزيجٌ من الحق والواجب معاً (٣٩).

وبهذا تكون للأب ولاية مستمدة من الشرع مباشرة تسمى الولاية الذاتية التي تكون بتفويض من الشارع لشخص ذاته وسبب ملتصق به وليس لهذا الشخص حق التنازل أو الإسقاط ولا التصرف فيها بأي شكل من الأشكال ، فولاية الأب ولاية ثابتة بسبب الولادة [٤٠]، ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الخصوص ما قضت به محكمة التمييز في قرار آخر لها جاء فيه:(لايستلزم صدور حجة شرعية بولاية الأب)[٤١]

وفيما سبق عرضه لأهم التعريفات التي قيلت في الولاية وبيان الخصائص التي تمتاز بها ،يمكن إيجازتعريفٍ عامً للولاية بأنها: (سلطة شرعية يملك بها صاحبها حق التصرف في شؤون الغير الذي لايحسن التصرف في شؤون نفسه)(٤٢).

المطلب الثاني

أسباب الولاية

يرجع سبب نشوء الولاية أو وجودها لأربعة أمور : القرابة ، والملك[٤٣] ، والولاء [٤٤] ، والإمامة [٤٥] . إلا أن هذه الأسباب منها مازال قائماً وموجوداً بين الناس ومنها ما اندثر ولم يعد له وجود، وبالتالي فلا يحتاج التوقف عنده والاهتمام به ، لذا سنقتصر في دراستنا على القرابة وما يتفرع عنها من الوصاية ونخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً :

الفرع الأول

القرابة

تثبت الولاية على النفس بسبب عجز الشخص عن الوقوف وحده في هذه الحياة واحتياجه الى من يحميه في مضطرب المجتمع ويقوم على شؤونه لأنه لا يستطيع القيام بها وحده وذلك بلا ريب يتحقق في المرأة إذا كانت قد طبعت على خلق وغرائز تجعلها أكثر تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل . ولما كان الهدف من الولاية هو العناية بشخص المولى عليه فقد قرر الشارع بان يكون الأولياء من أقرب الناس إلى المولى عليه لوفور الحنان والشفقة وحسن الرأي والتدبير [٤٦] ولما كانت الولاية ناشئة عن القرابة بعَدها أقوى أسباب الولاية وأوثق الصلات الإنسانية حيث تربط بين الأشخاص وتجعل كل منهما قريب من الآخر وبمقتضاها تثبت ولاية بعضهم على بعض . وعلى أساس ذلك لم يخالف أحد من الفقهاء في أن مبنى الولاية وأساسها هو التعصب [٤٧]. والعصبة [٤٨] تنقسم على قسمين عصبة نسبية وعصبة سببية . العصبة النسبية ؛ وهي الآتية من جهة القرابة الحقيقية والنسب ، والعصبة السببية؛ وهي التي تتحقق من العتق ويسمى مولى العتاقة ومولى النعمة وللعتيق عصبة سببية لأن الشارع جعل صلة المعتق بعتيقه في حكم صلة القريب بقريبه [٤٩].

وهذا النوع من العصبات قد اندثر فلا مجال البحث في مسائله ، فالذي يهمنا في هذا المجال العصبة النسبية التي تنقسم إلى؛ عاصب بنفسه ، وعاصب بغيره [٥٠] ، وعاصب مع غيره [٥١] . وسوف نقتصر في دراستنا على العاصب بنفسه لأن القاعدة العامة في أن الولاية على النفس تثبت ابتداءً للعصبات الذكور بأنفسهم الذين لا تكون قرابتهم به عن طريق الأنثى . والعصبة بالنفس تنحصر في أربع جهات : البنوة ،الأبوة ،الأخوة ،العمومة وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء وإن اختلفوا فيما بينهم على من تثبت له الولاية من تلك الجهات [٥٢] . بخلاف المذهب الجعفري فإنهم لايثبتون الولاية إلا للأب والجد فقط دون سائر العصبات والأقارب [٥٣] . وهذا ما سيأتي تفصيله في موضع آخر من الرسالة .

الفرع الثاني

الوصاية

قد تنشأ الولاية من الإيصاء ،ولكن هل يمكن أن يكون الوصي ولياً في التزويج أو لا ؟

تباينت مواقف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل ، فمنهم من أجاز للوصي ولاية التزويج ومنهم لم يعط للوصي ولاية التزويج ، وعلى التفصيل الأتي :

١- مذهب الإمامية :

أنقسم فقهاء الإمامية في ثبوت ولاية التزويج للوصي على قسمين: فقد ذهب بعضهم الى منح الوصي ولاية الإنكاح (٥٤) ، بينما ذهب البعض الآخر الى عدم منح الوصي الولاية في النكاح، فقد جاء في جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ما نصه :(ولا ولاية للوصي وإن نص له الموصي على الإنكاح على الأظهر)(٥٥)

٢- مذهب الحنفية:

الوصي لا يملك التزويج بالولاية مطلقاً قريباً كان أم حاكماً سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا ، وليس للوصي أن يزوج اليتيمة وإن أوصى إليه الأب[٥٦]، لأن الوصي ليس بولي . (٥٧)

٣- مذهب المالكية:

قال مالك :((لا نكاح للأولياء مع الوصي والوصي ووصي الوصي أولى من الأولياء(٥٨))). وبذلك لا نكاح للأولياء من العصبة مع الوصي ، والوصي ووصي الوصي أولى ببضع الأبكار أن يتزوجهن برضاهن إذا بلغن من الأولياء ، ولا ينبغي للولي أن ينكح دون الوصي ، فإن أنكحها الوصي إذا رضيت دون الولي جاز وإن أنكحها الولي دون الوصي ورضيت لم يجز (٥٩).

٤- مذهب الشافعية:

قال الشافعي : ((لا ولاية لوصي أن لم يكن من العصبة لأن الولاية أشبه أن تكون جعلت للعصبة للعار عليهم ، والوصي مما لاعار عليه فيما أصاب غيره من عار، وسواء وصَى الأب بالأبكار والثيبات ووصى غيره فلا ولاية لوصي في النكاح بحال، وذلك لأن الوصي ليس بوكيل الولي ولا هو بولي والخال أولى من أن يكون عليه العار من الوصي وهو لا ولاية له إذا لم يكن له نسب من قبل الأب))(٦٠). وقد قيل بجواز نكاح وصي الأب على البكر بخاصة دون الأولياء ولايكون له أن ينكح البكر بغير إذنها وللأب أن ينكحها بغير إذنها ولايجوز إنكاح وصي ولي غير وصي الأب[٦١].

٥- مذهب الحنابلة:

يجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالأب أم غير مجبر كغيره،ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإجبار فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه قام مقامه كالوكيل ووصي الأب في النكاح يكون بمنزلته ويكون ذلك في التزويج بخاصة .وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك إجبارها صغيرة كانت أم كبيرة وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها [٦٢].

٦- مذهب الزيدية:

لا ولاية للوصي في النكاح إذ أنه لا يسمى ولياً وعبروا عن الوصي بقولهم لايكون الوصي كالوكيل لأن الوكيل معبر عن الحي والوصي معبر عن الميت فلا ولاية له ، لأن الأولياء أولى بمن تحت أيدي الأوصياء

من حرماتهم والأولياء من العصبة (الأقرباء) فهم الذين يعقدون عقدة نكاح النساء وليس للوصي من ذلك شيء إلا أن يجيزه له العصبة(٦٣).

٧- مذهب الظاهرية:

يذهب أهل الظاهر إلى أنه :(لا ولاية للوصي في النكاح أصلاً لا لرجل ولا لامرأة صغيرين كانا أم كبيرين لان الصغيرين من الرجال والنساء قد ذكرنا إن الذكر منهما لايجوز أن ينكحه أب ولاغيره وأن الأنثى منهما لايجوز أن ينكحها إلا الأب وحده ، وأما الكبيران فلا يخلوان من أن يكونان مجنونين أو عاقلين فإن كانا مجنونين فقد بينا أنه لاينكحها أحد لا أب ولا غيره ، وأما العاقلان البالغان فلا يجوز أن يكون عليهما وصي) (٦٤).

يتبين لنا مما سبق عرضه من آراء فقهاء المسلمين أنَ قسماً منهم ذهب إلى منح الوصي ولاية التزويج ومنهم بعض فقهاء الإمامية والمالكية والحنابلة ويسوغون قولهم بأن الحكمة من منح الوصي ولاية التزويج تنحصر في أن الأب قد يأنس في الوصي الكفاية،ولأن اختياره الوصي يدل على أن تصرفه أنظر لأولاده(٦٥).

أما القسم الأخر من الفقهاء فقد منعوا الوصي من التزويج ويتمثل هذا القسم بالبعض الأخر من فقهاء الإمامية وفقهاء الحنفية والشافعية والزيدية والظاهرية ويسوغون قولهم بان مبنى الولاية وأساسها الشفقة فلا تتوفر تلك الشفقة في الوصي فغالباً ما تشغله أموره الخاصة(٦٦).

المبحث الثاني

تصنيف الولاية

لقد أثبت فقهاء المسلمين على المرأة البالغة العاقلة ثلاث ولايات : الأولى ولاية الإجبار وتعد ولاية كاملة لأن الولي يستبد فيها بإنشاء عقد الزواج على المولى عليها (من له حق الولاية عليها) ولا يشاركه فيها أحد ، أما الولاية الثانية فهي ولاية الاستحباب التي لا يكون على المرأة سلطان في شأن زواجها ولكن يستحسن أن يتولى الولي صيغة الزواج نيابة عنها ، والثالثة : ولاية الشركة التي يشارك فيها الولي المرأة في اختيار زوجها وينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج فلا يملك إجبارها بل لابد من أن تتلاقى إرادتيهما معاً عند إبرام عقد الزواج ،كما إن الولاية على النفس تكون في مسائل أهمها الزواج فتكون للأب والجد وسائر الأولياء .

وللإحاطة بالنقاط السابقة بشيء من السعة والدقة قسمنا هذا المبحث على مطلبين أفردنا أولهما لأنواع الولاية ، وكرَسنا ثانيهما لمراتب الولاية .

المطلب الأول

أنواع الولاية

قسَم فقهاء المسلمين ولاية التزويج إلى ولاية الإجبار في الزواج وولاية الاختيار والاستحباب وولاية المشاركة ومن أجل بيان وتفصيل كل ولاية من حيث تعريفها والأحكام الخاصة بها وزعنا الكلام في هذا المطلب على ثلاثة فروع ؛ تناولنا في الأول منها ولاية الإجبار في الزواج ، وبينًا في الثاني ولاية الاستحباب والاختيار ، وبحثنا في الثالث ولاية المشاركة في الزواج .

الفرع الأول

ولاية الإجبار في الزواج

ولاية الإجبار في الزواج هي التي تثبت لصاحبها جبراً على المولى عليه وتخوله الحق في تزويجه من غير توقف على إذنه ورضاه (٦٧).

ففي هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره بلا رجوع إلى من له الولاية عليه ، فالمولى عليه ليس له أي اختيار في الزواج (٦٨) ، ولهذا سماها بعض الفقهاء بولاية الاستبداد (٦٩). وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإجبار: فتثبت عند قسم من فقهاء الإمامية والمالكية وكذلك فقهاء الشافعية وفي رواية عن الحنابلة على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة وعلى البكر الكبيرة (٧٠) .

وقال القسم الآخر من فقهاء الإمامية والحنفية والحنابلة في الرواية الأخرى عندهم والزيدية وكذلك الظاهرية بثبوت ولاية الإجبار على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة أما البالغة العاقلة فلا تثبت عليها ولاية الإجبار بكراً كانت أم ثيباً (٧١).

وسبب اختلاف الفقهاء في ذلك هو اختلافهم في المناط الذي يدور عليه الإجبار حيث يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن المناط هو البكارة في الأنثى والصغر في الذكر والجنون فيهما(٧٢) ، فإذا تحقق هذا المناط في الشخص المولى عليه تثبت لوليه ولاية الإجبار فيملك الولي تزويج المجنون والمجنونة جبراً عليهما

سواء كانا كبيرين أم صغيرين ، وكذلك البكر يزوجها وليها دون توقف على رضاها واختيارها كبيرة كانت أم صغيرة وذلك لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح وإدراك التفاوت بين الأزواج ومنهم الرجال فكانت البكارة علة الولاية عند هذا الفريق من الفقهاء حيث تدور معها وجوداً وعدماً فحيثما كانت البكارة ولو بعد البلوغ فالولاية باقية وإن زالت البكارة قبل البلوغ زالت الولاية ، فإن تزوجت البكر قبل البلوغ ودخل بها ثم فرق بينهما لا يصح زواجها ثانياً حتى تبلغ وتشترك مع وليها في اختيار زوجها حيث تكون الولاية عليها اختيارية (٧٣).

إما الحنفية ومن وافقهم فقالوا : إن علة الإجبار هي الصغر وما في حكمه ولا دخل للبكارة أو الثيوبة في ذلك ، فالبكر البالغة لا تثبت عليها الولاية لانتفاء الصغر الذي هو مناط ثبوت الولاية لان النكاح هو من جملة المصالح وهو يشتمل على أغراض ومقاصد ولا يتوفر ذلك إلا بين الأكفاء فكانت حاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها لأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفء(٧٤) . واستدل فقهاء الحنفية(٧٥) بجواز تزويج الولي للصغيرة بقوله تعالى ((واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن))(٧٦) بيَّن الله تعالى عدة الصغيرة وسبب العدة شرعاً هو النكاح ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في النكاح أو فسخ فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج وتطلق ولا إذن لها (٧٧) .أما فقهاء الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم وكذلك فقهاء الزيدية والظاهرية (٧٨) فقد إستدلوا على جواز تزويج الصغيرة بما يروونه من أن الرسول (صلى الله عليه وأله وسلم) تزوج من السيدة عائشة (رضي الله عنها) وهي بنت ست سنين ودخل عليها وهي بنت تسع سنين .(٧٩). كما إن قسم من فقهاء الإمامية(٨٠) استدلوا على جواز تزويج الصغيرة بعدة روايات منها رواية عن محمد بن مسلم قال سألت أبا الحسن(عليه السلام) عن الصبية يزوجها أبوها وهي صغيرة أيجوز عليها التزويج؟قال: يجوز عليها تزويج أبيها (٨١) .

وبالنظر لخطورة الزواج لسريان آثاره على الإنسان مدى الحياة وعلى أولاده فقد قُيِّدَتْ قوانين الأحوال الشخصية ومن ضمنها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الزواج بسن معين وسيأتي بيان ذلك في أحكام تزويج الأولياء .

الفرع الثاني
ولاية الاستحباب

وهي الولاية التي تملك فيها المرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها من غير توقف على رأي الولي ورضاه، فهي تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها (٨٢) . إلا أنه يستحب للمرأة أن تفوض أمر زواجها لوليها فإنَ ذلك من محاسن الشريعة التي يجب أن تراعى (٨٣) وتحصيلاً لمقاصد النكاح على الوجه الأكمل (٨٤).

وبذلك تثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء لكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك :

فبعض الإمامية والحنفية والزيدية والظاهرية لا يشترطون في هذه الولاية شيئاً فهي تثبت على المرأة العاقلة البالغة بكراً كانت أم ثيباً (٨٥).فلا ينفذ عقد الولي عليها بغير رضاها (٨٦).
يوافقهم بذلك الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم (٨٧) .

أما الشافعية فيشترطون فيمن تثبت عليه الولاية الاختيارية الثيابة فإذا كانت المرأة بكراً فالولاية عليها إجبارية وهي رواية عند الحنابلة ، ويوافقهم كذلك بعض الإمامية والمالكية في القول المشهورعندهم فيكون الاستئذان والاستئمار للبكر مستحب غير واجب والأجدر أن تستأذن وكذلك لأن الاستحباب تطيباً لخاطرها (٨٨) ، ويستدلون بما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : تستأذن البكر وإذنها صمتها قيل يا رسول الله إنَ البكر تستحي أن تتكلم قال إذنها سكوتها (٨٩) . فالحياء عند البكر مانع من النطق (٩٠) وبذلك لا يشترط أن تصرح البكر بالقول بل يكفي ما يدل على الرضا والقبول(٩١) .

الفرع الثالث

ولاية المشاركة

يقصد بولاية المشاركة هي الولاية التي يكون فيها أمر زواج المرأة العاقلة البالغة شركة بينها وبين وليها فرأي كل منهما معتبر (٩٢).

فشرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولى عليها لا غير (٩٣) فلا يملك الولي تزويجها بغير رضاها وفي الوقت نفسه لا تملك تزويج نفسها بغير رضاه حيث يكون للولي ولاية الشركة والاختيار، وبهذا النوع من الولاية أخذ صاحبا أبي حنيفة محمد بن الحسن في المشهور عنه وأبي يوسف في رواية أخرى عنه وأخذ بها الشافعية (٩٤) ، ولكن اختلف كل منهما عن الآخر في مباشرة المرأة للعقد حيث يحتم الشافعي أن يتولى الولي العقد بنفسه ولا تباشره المولى عليها فعقد الزواج عنده لا يصح بعبارة المرأة مطلقاً (٩٥) . أما صاحبا أبي حنيفة فقد ذهبا إلى جواز مباشرة المرأة لعقد زواجها بنفسها بعد تحقق رضا وليها إلا أنه يستحسن أن تكل إلى وليها إجراء العقد حفاظاً عليها من التبذل (٩٦) .

المطلب الثاني

مراتب الولاية

إن للولاية على النفس ارتباطاً وثيقاً بنظام الأسرة ومصالحها ، بل هي عماد الأسرة الذي تستند إليه ، ولما كان قوام الولاية هو حرص الولي وقدرته على رعاية المولى عليه وصيانة حقوقه واختيار الأصلح له ، لذا لا بد من توفر ميزات خاصة في الولي تنسجم مع مهمته الخطيرة والحاسمة في حياة المولى عليه.

من هنا عني الشارع المقدس عناية كبيرة باختيار الولي من اقرب الناس نسباً إلى المولى عليه وأحبهم لخيره .

ولبيان أصحاب الحق في الولاية ومراتبهم قسمنا هذا المطلب على فرعين ؛ خصصنا أولهما لبيان أصحاب الحق في الولاية ومراتبهم في الفقه الإسلامي ، وكَرسنا ثانيهما لبيان أصحاب الحق في الولاية ومراتبهم في القانون .

الفرع الأول

ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء المسلمين فيمن تثبت له الولاية على النفس ، ويرجع سبب اختلافهم إلى تباينهم في سبب الولاية فمنهم من يرى أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة . بينما يرى البعض الآخر أن سبب الولاية هو التعصب . وفيما يلي بيان ترتيب الأولياء في كل مدرسة من المدارس الفقهية الآتية :-

الأولياء عند فقهاء الإمامية :

تثبت الولاية على النفس عند الإمامية للأب والجد وإنْ علا من دون سائر العصبات والأقارب (٩٧) . والجد أولى بالتقديم من الأب عند اجتماعهما لثبوت ولاية الجد على الأب على تقدير نقصه بجنون أو نحوه (٩٨) ، ثم تثبت بعد ذلك الولاية عند بعض فقهاء الإمامية(٩٩) للوصي الذي يعينه الأب إن كانت الولاية له أو الوصي الذي يعينه الجد إن آلت الولاية إليه ، وإن انعدم الأب أوالجد ووصيهما انتقلت الولاية للحاكم (١٠٠) ، وبهذا نجد أن فقهاء الإمامية يأخذون بهذا الترتيب في ولاية التزويج والتي تقتصر عندهم على ولاية الإجبار لا ولاية الاختيار وهم يثبتونها على الصغير والصغيرة على حد سواء (١٠١) .

الأولياء عند فقهاء الحنفية :

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الولاية على النفس سواء كانت ولاية إختيارية أم إجبارية تثبت للعصبات (١٠٢) من الذكور وهم مرتبون في استحقاقهم للولاية بحسب ترتيبهم في الميراث فالأبعد محجوب بالأقرب وحسب الترتيب الآتي (١٠٣):

١– جهة البنوة : وتشمل الابن وابن الابن وإن نزل (١٠٤).

٢ – جهة الأبوة : وتشمل الأب والجد العصبي (الجد لأب) وإنْ علا .

٣ – جهة الأخوة : وتشمل الأخ الشقيق والأخ لأب وأبناءهما وإن نزلوا (١٠٥) .

٤ – جهة العمومة : وتشمل العم الشقيق والعم لأب وأبناءهما وإنْ نزلوا (١٠٦) .

فإن كان الولي العاصب واحداً فالولاية له وحده دون سواه وإنْ تعدد الأولياء فالولاية لأقربهم جهة بحسب ترتيبهم في الميراث (١٠٧) ، فنقدم جهة البنوة ثم الأُخوة ثم العمومة فيقدم الابن على الأب والأب أو الجد يقدم على الأخ وهكذا (١٠٨).

فإن وجد شخصان من جهة واحدة قدم من كان أقربهم درجة فيقدم الابن على ابن الابن والأخ على ابن الأخ لأنه أقرب درجة . فإنْ تساويا في الدرجة والجهة قدم من كان أقوى قرابة فمن كان قريباً للمولى عليه من جهتي الأب والأم يكون أحق بالولاية عليه من قريبه الذي يدلي إليه من جهة واحدة وهي جهة الأب فقط ،لأن قوة القرابة توجد شفقة أشد ، وهذه الولاية تقوم على الشفقة ورعاية المصلحة وعلى هذا يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب والعم الشقيق على العم لأب وهكذا(١٠٩) .

فإذا لم يوجد للمولى عليه أحد مطلقاً من هؤلاء العصبات من النسب (١١٠) . أو كان الموجود منهم ليس أهلاً للولاية لعدم تحقق شروطها فيه وقد اختلف الأحناف فيمن تثبت له الولاية على النفس . فعلى قول أبي حنيفة تنتقل الولاية على النفس إلى الأقارب غير العصبات لا فرق في ذلك بين ذكر وأنثى وهم مرتبون على الراجح من مذهب الحنفية كما يلي: (١١١)

١ – الأصول : وهم الأُم ثم أم الأب ثم أم الأم.

٢ – الفروع : وهم البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت وهكذا ثم الجد الرحمي (الجد لأم).

٣ – فروع الأبوين : وهم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم على سواء.

٤ – فروع الجدين : وهم العمَات مطلقا والأعمام لأم ثم الأخوال والخالات ثم أولادهم وهكذا.

فإذا لم يوجد للمولى عليه أقارب لا من العصبات ولا من غيرهم كانت الولاية للحاكم لقوله :(صلى الله عليه وآله وسلم) ((السلطان ولي من لا ولي له)) (١١٢) . وينوب عن الحاكم في ذلك القضاة بينما يرى صاحبا أبي حنيفة أن الولاية تنتقل للحاكم إذا لم يوجد عاصب إذ لا ولاية

لغير العصبات من الأقارب . والأصل الذي قام عليه الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أبا حنيفة يرى أن سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة والصاحبان يريان أن سبب الولاية هو التعصيب لأن العصبات هم الذين ينالهم عار الزواج وهم الذين يجب عليهم الحفظ والصيانة ، أما أبو حنيفة فقد لاحظ فيما ذهب من ولاية القريب غير العاصب لان الولاية يقصد من ورائها النظر في مصلحة المولى عليه ، هذا كما يتحقق من العاصب يتحقق من القريب غير العاصب لأنه أمر يقوم على الشفقة ولا شك أن الأقارب ولو كانوا غير العصبات هم أكثر معرفة ودراية بمصلحة المولى عليه من القاضي أو من ينوب عنه الذي لا تربطه بالمولى رابطة من القرابة التي تدعو إلى الشفقة ولا يتسع وقته للتحري عن شؤونه ومعرفة أحواله.(١١٣)

الأولياء عند فقهاء المالكية :

رتب فقهاء المالكية الأولياء على النفس على النحو الآتي :(١١٤)

١ – الابن ولو كان من زنا لأنه عصبة (١١٥) .
٢ – الأب.
٣ – الأُخوة ويتقدم منهم الذي لأب وأم على الذي لأب .
٤ – الأجداد وان علوا .
٥ – الأعمام ويقدم منهم الذي لأب وأم على الذي لأب .
٦ – أبناء الأعمام ويقدم منهم الذي لأب ولأم على الذي لأب .

وإن لم يوجد ولي عاصب ممن ذكر أعلاه انتقلت الولاية إلى السلطان فهو ولي من لا ولي له ، فإن لم يوجد حاكم كأن يكون المولى عليه في منطقة نائية فهنا تنتقل الولاية لعامة المسلمين على أن يقوم بها واحد منهم كفرض كفاية فإن لم يقم بها أحدهم أثم الجميع (١١٦) .

أما ولاية الإجبار في الزواج فهي لاتثبت عند المالكية إلا للأب ثم لوصي الأب ، فإن ثبوتها للأب لوفور شفقته ، وأما ثبوتها لوصي الأب من بعده فلأن الأب وافر الشفقة فلا يتصور منه إلا أن يعهد بأمر تزويج الصغير إلى من يظن فيه تحقيق المصلحة. (١١٧)

الأولياء عند فقهاء الشافعية :

تكون الولاية عند الشافعية للعصبات وتثبت ابتداءً للأصول وأولهم الأب ثم الجد للأب وان علا (١١٨) وذلك لتميزه بالشفقة (١١٩) من الإخوة الأشقاء ولأب ، وبذلك فصل الشافعية الميراث عن الولاية لأن الأُخوة يشتركون في الميراث مع الجد ومع ذلك جعلوا الولاية له لأن هذه مبناها الشفقة ورعاية المصلحة وهما أوفر فيه (١٢٠) ، ثم يأتي بعد ذلك الأخوة الأشقاء ثم الأخوة لأب ثم أبناؤهما وأخيراً تأتي جهة العمومة بحسب ترتيبهم في الميراث ويقدم منهم الذين لأبوين على الذي لأب ثم أبناؤهم وإن نزلوا ويقدم الشقيق منهم .

ولم يذكر الشافعية الفروع من ضمن الأولياء على النفس عند بحثهم لولاية التزويج لأن الفروع لايكونون أولياء عندهم إلا بالنسبة للمجنون والمعتوه وهم لا يجيزون زواج هذين إلا بإذن القاضي وحجتهم في ذلك أنه ليس من المناسب أن يزوج المرء أمه لان الولاية معناها سلطان منه عليها وليس من المناسب أن يكون له عليها سلطان ولأنه بالفطرة ينفر الابن من زوج أمه فلا يكون نظره في مصلحتها ولأن ثبوت الولاية له قد يؤدي إلى عضلها وذلك ظلم (١٢١) .

أما في حالة عدم وجود الولي العاصب انتقلت الولاية إلى السلطان وينوب عن السلطان في ذلك القاضي (١٢٢)، أما بالنسبة لولاية الإجبار فهي تثبت عند فقهاء الشافعية للأب ثم للجد ، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي :((ليس لأحد غير الآباء أن يزوج بكراً ولا ثيباً صغيرة بإذنها ولا بغير إذنها ولا يزوج واحدة منهما حتى تبلغ فتأذن في نفسها وإن زوجها أحد غير الآباء صغيرة فالنكاح مفسوخ ولا يتوارثان ولايقع عليها طلاق وحكمه حكم النكاح الفاسد))(١٢٣).

الأولياء عند فقهاء الحنابلة :

ولاية الاختيار في الزواج عند فقهاء الحنابلة تكون بالترتيب الآتي (١٢٤):

١ – الأصول ويقدم الأب ثم الجد وإنْ علا (١٢٥).

٢ – الأبناء ثم أبناؤهم وان نزلوا (١٢٦).

وعلى ذلك جعل الحنابلة الولاية من بعد الأصول من العصبات إلى الفروع وموجب القياس في ذلك هو أن يكون للفرع من الولاية ما لسائر العصبات ما دام عدلاً وأميناً يقدر الأمور فحرمانه من ذلك يعني حرمانه من حق ثابت له من غير أي مسوغ ثم هو أشفق على أمه من غيره فيكون أولى من غيره بها وبذلك خالف الحنابلة الشافعية الذي قالوا لا يزوج الابن أمه إلا أن يكون ابن عم (١٢٧) خوفاً من المعاندة في زواج الفرع

لأمه والذي قد يؤدي إلى عضلها ولكن نجد أن هذا الخوف مردود لوجود القضاء لمنع الظلم لأن ولاية رفع المظالم تكون للقاضي (١٢٨) .

-٣- الأُخوة ويقدم الشقيق على الذي لأب ثم لأبنائهم وإنْ نزلوا، ويقدم ابن الأخ الشقيق على الذي لأب وإن ماجرى عليه الخلاف هنا في الفقه الحنبلي حيث يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ثم أولاد الأخ الشقيق فأولاد الأخ لأب وهكذا (١٢٩) .

٤ – الأعمام ويقدم الذي لأب وأم على الذي لأب ثم أبناؤهم وإنْ نزلوا ويقدم منهم الشقيق على الذي لأب .

٥ – أعمام الأب ثم أبناؤهم وإن نزلوا .

٦ – مولى الأيتام ويسميه فقهاء الحنابلة بالمولى المنعم اي المتفضل بالعتق ثم عصابته بحسب ترتيبهم في الميراث ، إذا لم يوجد ولي عاصب مما ذكر (١٣٠) .

٧ – السلطان أو القاضي الذي تنتقل إليه الولاية بحكم الولاية العامة ، واذا لم يكن هناك سلطان انتقلت الولاية على المشهور عند الحنابلة إلى رجل عدل (١٣١) .

أما ولاية الإجبار فهي تثبت عند فقهاء الحنابلة للأب ووصيه فقط (١٣٢) .

الأولياء عند الفقهاء الزيدية :-

تثبت الولاية على النفس عند الزيدية للعصبات أنفسهم وفقهاء الزيدية كالحنفية في ترتيب الأولياء العصبة بالنفس حيث إنهم يقدمون جهة البنوة ثم جهة الإخوة ثم العمومة ، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء تكون الولاية لمولى العتاقة ثم لعصباته على الترتيب السابق ، وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء تكون الولاية للإمام أو وليه(١٣٣).

الأولياء عند الظاهرية :

ولاية الاختيار في الزواج عند الظاهرية ابتداءً للأب ثم للإخوة فأبنائهم ثم الجد لأب ثم الأعمام وبني الأعمام وإنْ نزلوا ثم الأقرب فالأقرب ثم السلطان (١٣٤).

أما ولاية الإجبار فهي لاتثبت عندهم إلا للأب وهي لاتثبت للأب إلا على الإناث الصغيرات لا الذكور وهم يعللون ذلك بأن الأب يكون أكثر الناس شفقة وعطفاً على أولاده (١٣٥) .

المقارنة بين المذاهب الفقهية :

بعد عرض أراء فقهاء المسلمين وأدلتهم في تحديد الأولياء وبيان مراتبهم يتضح لنا أنهم اتفقوا على مسائل واختلفوا في مسائل أخرى وهذا ما سنتولى بيانه :

أولاً :- المسائل المتفق عليها :

أ : إن أحق الناس بالولاية على النفس من حيث الصيانة والحفظ والتعليم والتزويج هو الأب وهم يعللون ذلك بأن الأب هو أقرب الناس للمولى عليه وأشفقهم عليه و أكثرهم دراية بمصالحه وشؤونه.

ب : ثبوت الولاية على النفس ابتداءً للعصبات بأنفسهم فعلى الرغم من اختلاف الفقهاء فيمن تثبت له هذه الولاية إلا أنهم جميعاً يدورون حول قطب واحد هو وضع الولاية في إطار الأولياء من العصبات وليس غيرهم .

ج : إن الولاية لا تنتقل إلى السلطان إلا عند انعدام الأولياء من العصبات فالسلطان بإتفاق جميع الفقهاء هو آخر من له حق الولاية .

ثانيًا : المسائل المختلفة فيها :

أ : اختلف الفقهاء كما ذكرنا في ترتيب الأولياء العصبة بالنفس فذهب كل من الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية إلى القول بثبوت الولاية للعصبات بجهاتها الأربعة وهي جهة البنوة والأبوة والأُخوة والعموم [١٣٦] ، أما الشافعية فقد خالفوا الفقهاء السابقين في البنوة فلم يثبتوا الولاية بها إلا في حالة كون الابن عصبة كأن يكون الابن ابن ابن عم ، والفقهاء القائلون بثبوت الولاية للابن اختلفوا في تقديمه على الأب اذا اجتمع معه فالمالكية والزيدية وبعض الحنفية قالوا بتقديم الابن لأنه أقوى تعصيباً والأب صاحب فرض معه . وقال الحنابلة وبعض أخر من الحنفية بتقديم الأب لقوة شفقته(١٣٧).

ب- ذهب الحنفية والشافعية وفي رواية راجحة عند الحنابلة إلى أن مرتبة الأُخوة تأتي بعد الجد في حين ذهب المالكية والظاهرية وفي رواية أخرى عن الحنابلة إلى إن مرتبة الجد تأتي بعد مرتبة الأُخوة [١٣٨] أما

الأمامية فلم يقولوا بثبوت الولاية بالتعصيب سوى للأب والجد دون غيرهما والجد أولى بالتقديم إذا اجتمع مع الأب(١٣٩) وفيما يلي الأب فقد جعلها بعض فقهاء الأمامية لوصي الأب [١٤٠]

ج: اختلف الفقهاء في مدى جواز انتقال الولاية إلى الأقارب من غير العصبات فقد جعلها الإمام أبو حنيفة للعصبات من الذكور ثم لكافة الأقارب بينما جمهور الفقهاء لا يثبتوها إلا للأقارب من العصبات وسبب الخلاف بين أبي حنيفة وجمهور الفقهاء هو إن الإمام أبو حنيفة يرى أن مبنى الولاية هو الشفقة وان الشفقة متوفرة لدى العصبات ولدى كافة الأقارب ولا موجب لحصرها بالعصبات .

د: ذهب كل من الحنفية والمالكية الحنابلة على القول الراجح عندهم إلى تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب في الولاية . لأنه يدلي بقرابتين فيكون اشد شفقة ممن يدلي بقرابة واحدة ، بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية وكذلك رواية عن الحنابلة إنهما سواء في الولاية على اعتبار أن الولاية تقوم على القرابة الأبوية ولا عبرة لقرابة الأم .[١٤١]

هـ : ذهب المالكية والزيدية وكذلك الحنابلة في المشهور عندهم بخلاف الحنفية الى ثبوت الولاية العامة للمسلمين عند عدم وجود الولي العاصب أو السلطان على إن يقوم بها رجل عادل منهم كفرض الكفاية مستدلين على ذلك بقوله تعالى ((والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض)) [١٤٢]

الفرع الثاني

ترتيب الأولياء في القانون

اختلفت القوانين في تحديد من هو الولي،ولكي نحدد نقطة الخلاف لابد لنا من عرض أصحاب الحق في الولاية ومراتبهم في القوانين كلاً على حدة مبتدئين أولاً بالقانون العراقي :

أولاً / الأولياء في القانون العراقي :-

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لبيان تحديد الأولياء على النفس اكتفاءً بما ورد بالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل حيث جعل المشرع العراقي صاحب الحق بالولاية هوالأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم المحكمة أو الوصي الذي تعينه المحكمة وهذا ما نصت

عليه المادة (١٠٢) حيث نصت على أن: ((ولي الصغيرهو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة)) .

ثم صدر في العراق قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ الخاص بشأن رعاية الصغار ومن في حكمهم وتنظيم شؤونهم وقد حددت المادة (٢٧) منه الأولياء فقد نصت على أن: (ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة) ،وعالجت المادة(٣٠) منه(١٤٣) صلاحيات الأولياء .

وجدير بالذكر أن قانون رعاية القاصرين نظم موضوع الولاية من حيث تحديد الأولياء وصلاحياتهم في الولاية على المال لا الولاية على النفس،والولاية في الزواج تدخل في نطاق الولاية على النفس لا الولاية على المال لذا فإن نصوص هذا القانون تكون منقطعة الصلة بموضوع الرسالة .

ثانياً / الأولياء في القوانين المقارنة :-

اختلفت القوانين العربية في موضوع الولاية في الزواج بحسب المذهب الفقهي الذي تأثرت به، ففي مصر كانت المحاكم تأخذ فيما يتعلق بالولاية على النفس بالترتيب الذي قال به فقهاء الحنفية حتى صدر مرسوم القانون رقم (١١٨) لسنة ١٩٥٢ الخاص بحالات سلب الولاية على النفس والذي نص في المادة (١٢) على أنه: ((يقصد بالولي في تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصي وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم فيه الاختصاص)) . وقد أثارت هذه المادة خلافاً بخصوص الترتيب الذي أوردته فضلاً عن أنه لا يتفق مع المذاهب الإسلامية فهو لا يأخذ بمذهب الذين قصروا الولاية على العصبات كما لم يأخذ بمذهب الذين جعلوا الولاية لغيرهم من الأقارب كما أنه لا يقصد به بيان الأولياء على النفس ومراتبهم لان المرجع في ذلك هو مذهب الإمام أبي حنيفة وأن الغرض من صياغة هذه المادة على هذا الوجه هو إبراز عدم الفرق في الحكم بسبب الولاية بين من كانت ولايته وصفاً ذاتياً كالأب والجد أو وصفاً غير ذاتي كسائر الأقارب [١٤٤] .ومع ذلك يلاحظ على النص أنه يضيف عبارات أخرى كالوصي وكل شخص ضم إليه الصغير ويفهم من ذلك أن كل من ضم إليه الصغير أو تكفل برعايته وتربيته فأنه يُعَد ولياً على نفسه وهذا الشق من النص في نظرنا يجد أساسه في المذهب المالكي الذي جعل كافل اليتيم من ضمن الأولياء على النفس ولو كان أجنبيا عنه.

بينما أعطى قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ للأب وللجد الصحيح ولاية على نفس الصغير وماله واثبت لغيرهما من الأقارب ولاية على النفس لا المال وهذا ما أشارت له الفقرتين (١) و(٢) من المادة (١٧٠) حيث نصت على أنه : ((١- للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله وهما

ملتزمان بالقيام بها ٢- لغيرهما من الأقارب يحسب الترتيب المبين في المادة (٢١) ولاية على نفسه دون ماله))(١٤٥) ، وتنص المادة (٢١) على أنه: ((الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً)) [١٤٦] ، وبذلك يكون القانون السوري قد جعل الولاية على النفس شاملة لجميع الأقارب العصبات وبحسب ترتيبهم في الميراث[١٤٧].

وفي حالة انعدام الأولياء الذين ذكرتهم المادة (١٧٠) أو المادة (٢١) فإن الولاية تنتقل إلى القاضي وهذا ما قضت به المادة (٢٤) التي نصت على أن :((القاضي ولي من لا ولي له)) .

وتناول المشرع التونسي في الفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم ١٣ لسنة ١٩٥٦ تحديد ولي الزواج حيث نص على أن: ((الولي هو العاصب بالنسب ويجب إن يكون عاقلاً ذكراً رشيداً والقاصر ذكراَ كان أو أنثى وليه وجوباً أبوه أو من ينيبه والحاكم ولي من لا ولي له)) ، ثم نص في الفصل (١٥٤) من المجلة على أن : ((القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم)). وجاء في الفصل رقم (١٥٥) ما نصه ((للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية)) ، يتضح من هذه النصوص القانونية أن الولاية في الزواج تثبت للولي العاصب ويعتبر كل من الأب ووصيه ولياً مجبراً بالنسبة للقاصر ذكرا كان أو أنثى .

الملاحظ على المشرع التونسي أنه تأثر بمذهب الإمام مالك الذي قصر ولاية الإجبار على الأب ووصيه فقط .

وأشار المشرع اليمني إلى ولي الزواج في المادة (١٦) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠لسنة١٩٩٢ والتي نصت على أن: ((ولي عقد الزواج هو الأقرب فالأقرب على الترتيب : الأب وإن علا ثم الابن وإن سفل ثم الأُخوة ثم أبنائهم ثم الأعمام ثم أبنائهم ثم أعمام الأب ثم أبنائهم)) .

يلاحظ على المشرع اليمني أنه يقدم جهة الأبوة على جهة البنوة في الولاية أخذاً بما قال به الحنابلة وبعض الزيدية بهذا الخصوص .

كما حصر المشرع الإماراتي الولاية في الزواج بالعصبة بالنفس وهذا ما أشارت له المادة (٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على أن : ((الولي في الزواج هو الأب ثم

العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابنا ثم أخاً ثم عماً فإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ويتعين من أذنت له المخطوبة)).

ونصت المادة (٢٦) من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ عن ولي الزواج التي نصت على أن :- ((الولي في الزواج هو الأب فالجد العاصب فالابن فالأخ الشقيق ثم الأب فالعم الشقيق ثم الأب))

الملاحظ على المشرع القطري والمشرع الإماراتي أن كل منهما كان قريباً من الفقه الحنبلي في ترتيبه للأولياء .

يتضح بعد هذا الاستعراض للمعالجات التشريعية للأولياء على النفس أن هناك اتجاهان بهذا الخصوص ، فالاتجاه الأول : وسَع من دائرة الأولياء على النفس لتشمل بالإضافة إلى الأولياء العصبة الأم والوصي وكل شخص ضم إليه صغيراً تكفل برعايته وتربيته ويمثل هذا الاتجاه القانون المصري والتونسي وقد أثبت كل من القانون المصري والتونسي الولاية على النفس للام بوصفها شريكة مع الأب في إدارة الأسرة وتربية الأولاد وهما بذلك قد حسما خلافاً ليس فقط بين فقهاء الشريعة فحسب بل بين فقهاء القانون أيضا حول مدى أهلية المرأة للولاية الشرعية على النفس . وذلك ما نلاحظه في مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٤الذي نشرته وزارة العدل العراقية الذي أعطى الولاية من بعد الأب للام مباشرة [١٤٨] ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه قد جعل من الوصي ولياً على النفس بل أكثر من ذلك فقد جعل مرتبته مقدمة على بقية الأولياء العصبة كما هو حال القانون التونسي [١٤٩].

أما الاتجاه الثاني فقد ضيق من دائرة الأولياء على النفس وجعلها مقصورة على الأولياء والعصبة لا غيرهم . ويمثل هذا الاتجاه القانون السوري والأردني واليمني (١٥٠) .

أما بالنسبة للقانون العراقي فيبدو من خلال التمعن بالنص الذي جاء به القانون المدني أن المشرَع العراقي قد ضيق من دائرة الأولياء على النفس ، ونتمنى على المشرع العراقي أن ينحو منحى الاتجاه الأول مستقبلاً من حيث توسيع دائرة الأولياء على النفس .

المبحث الثالث

شروط الولاية

إن الولاية تحيط المولى عليه بسياج متين من الحماية ، فالولي على النفس وبحكم ولايته يلزم برعاية المولى عليه والإشراف على مختلف شؤونه ، ولتحقيق هذا الهدف لابد من توفر مجموعة من الشروط فيمن

يتولى أمور الولاية لقيامه بهذا العبء الملقى على عاتقه على أكمل وجه . ولبيان الشروط التي يجب توافرها في الولي بشكل مفصل قسمنا هذا المبحث على مطلبين ؛ تناولنا في الأول شروط الولاية في الفقه الإسلامي ، وكَرسنا الثاني لشروط الولاية في القانون .

المطلب الأول

شروط الولاية في الفقه الإسلامي

استلزم فقهاء الشريعة الإسلامية توافر مجموعة من الشروط في الولي ليكون قادراً على القيام بأمور الولاية ، إلا أنهم إتفقوا على بعض الشروط واختلفوا في البعض الآخر، لذا عرضنا هذه الشروط مبينين أوجه الاتفاق والخلاف كلاً في موضعه :

أولاً / البلوغ :

لما كان الهدف من إثبات حق الولاية هو رعاية المولى عليه وإدارة مصالحه لذا كان من الطبيعي أن يكون الولي بالغاً [١٥١] . وذهب إلى هذا الشرط كل من فقهاء الإمامية والحنفية والمالكية وكذلك فقهاء الشافعية والحنابلة وفقهاء الزيدية والظاهرية(١٥٢) . ويعللون الفقهاء اشتراط هذا الشرط لأن الولاية إنما يعتبر فيها كمال الحال والرأي وحسن النظر في مصلحة المولى عليه والقاصر عاجز عن الولاية على نفسه إلى من يقوم بأمره [١٥٣] .فلا تثبت له الولاية على غيره من باب أولى سواء كان سبب القصور صغراً أم نحوه(١٥٤).

وبذلك لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذا الشرط وذلك استدلالاً بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) : ((رفع القلم عن ثلاث ....وعن الصبي حتى يحتلم)) [١٥٥] .

ثانياً / العقل :

لا يكفي أن يكون الولي بالغاً بل يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون عاقلاً [١٥٦] . وذلك لأن الولاية تثبت لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه والقيام بمصالحه والمجنون لا عقل له ولا يمكنه النظر لنفسه والقيام بشؤونه فكذا لغيره [١٥٧]. وأجمع على هذا الشرط كل من فقهاء الإمامية والحنفية والمالكية والشافعية(١٥٨) .

وفقهاء الحنابلة والزيدية والظاهرية (١٥٩)لأنه شرط التكليف فإذا فَقَدَ العقل فقد التكليف(١٦٠) وبذلك أجمع فقهاء الأمة على شرط العقل لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير للمولى عليه [١٦١] ،ويلحق بالمجنون

المعتوه ، والفارق بينهما أن الجنون [١٦٢]هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب وهيجان غالباً ، أما العته [١٦٣]فهو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً تاماً [١٦٤] .

وكذلك يلحق بالمجنون والمعتوه من حيث الحكم من نقص عقله لمرض أو كبر سن لأنه لا يعرف موضع الحظ فلا ولاية له .واجمع على ذلك فقهاء الإمامية والحنفية والمالكية وكذلك الشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية على سقوط الولاية من أصيب بضعف العقل لمرض أو جنون أوعته فمن اتصف بأحد هذه الأوصاف تكون سبباً موجباً وعارضاً من عوارض الولاية [١٦٥].

ثالثاً / الحرية :

يشترط الفقهاء[١٦٦] فيمن يتولى أمور الولاية أن يكون حراً [١٦٧] فلا تثبت الولاية للعبد المملوك لأن العبد مشغول بخدمة مولاه والقيام بمطالبه فليس لديه من الوقت ما يتسع للنظر في شؤون غيره [١٦٨] ، ولأن العبد ليس له ولاية ينفذ بها عند نفسه فلا تكون له ولاية على غيره . وعلى أية حال لاينبغي الوقوف عند هذا الشرط كثيراً لزوال نظام العبودية (١٦٩).

رابعاً / الإسلام (اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه) :

يشترط في الولي أن يكون مسلماً أي متحداً في الدين مع المولى عليه فإذا كان المولى عليه مسلماً لابد من أن يكون الولي مسلماً لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم [١٧٠] لقول الله تعالى في كتابه العزيز ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً)) [١٧١] ولذلك كان السبب في اشتراط هذا الشرط إن الله تعالى قطع الموالاة بين المؤمنين والكافرين بقوله تعالى :-((لايتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين))[١٧٢] ، ولأن الولاية مبنية على التعصيب في الإرث ولا توارث مع اختلاف الدين [١٧٣] ولما كان لولاية الكافر على المسلم إذلال لهذا الأخير [١٧٤] ولأنه يخشى أن يحول الولي الكافر المولى من دين الإسلام إلى دين آخر [١٧٥] لذلك أجمع فقهاء الإسلام على اشتراط هذا الشرط [١٧٦]كما وقد منع الإمامية ولاية غير المسلم على المسلم ولكن أجازوا ولاية المسلم على الكافر [١٧٧].

لأن الله سبحانه وتعالى قطع الولاية بالدين ، كما أجازوا الولاية للكافر على الكافر وإن اختلف دينهما حيث يجري التوارث بينهما [١٧٨]. لقوله تعالى : ((والذين كفروا بعضهم أولياء بعض)) [١٧٩]. ونجد أن هذا الشرط له أهميته إذا كان الولي خاص أما في حالة الولاية العامة فلا يشترط الاتحاد في الدين بين القاضي والمولى عليه لان ولاية القاضي ولاية عامة فهو ولي لمن لا ولي له سواء كان هذا الأخير مسلما أو غير

مسلم متحدا في الدين مع القاضي أم لا ، لأن القاضي له الولاية العامة التي لاتتحقق مصالح الكافة إلا بها [١٨٠] .

خامساً / العدالة : ويعبرعنها بالأمانة [١٨١] وقيل العدالة : هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والالتزام بالتقوى والمروءة ، وقد تعني استقامة الدين وسلامة الخلق وأداء الفرائض[١٨٢] . وقد اختلفوا في اشتراطها في الولي على قولين أولهما : أنها شرط في ثبوت الولاية وأخذ بذلك الشافعية في القول الراجح عندهم (١٨٣) وكذلك أخذ بها الحنابلة في إحدى الروايتين والظاهرية فقد اشترطوا العدالة في كل ولي قريباً كان أم حاكماً [١٨٤] ونجد أن أصحاب هذا القول يعللون قولهم بإشتراط العدالة بأن الولاية نظرية أي ينظر فيها إلى مصلحة المولى عليه واستدلوا على ذلك بما روي عن أبن عباس –رضي الله عنه – أن النبي (صلى الله عليه وأله وسلم)قال((لا نكاح إلا بولي مرشد شاهدي عدل))[١٨٥] . والمراد بالرشد في الحديث هو العدل والفاسق ليس بمرشد فلا يكون ولياً على امرأة في زواجها إلا أنهم يكتفون بأن يكون الولي مستور الحال لأن النكاح يقع بين عامة الناس في مواضع لا تعرف فيها حقيقة العدالة فتكفي العدالة الظاهرية باعتبار العدالة الحقيقية أمر يشق الوصول إليه [١٨٦].

أما القول الثاني : أنها ليست شرطاً في ثبوت الولاية لأن مدار الولاية وأساسها هو القرابة والشفقة ورعاية المصلحة وهما لايزالان بالفسق [١٨٧] وهذا ماذهب إليه الإمامية والحنفية والمالكية وكذلك والحنابلة في القول الثاني وإن لم يكن هو الراجح عندهم والزيدية [١٨٨] وكان أصحاب هذا القول يستدلون بما ورد في القران الكريم بقوله تعالى ((وانكحوا الأيامى منكم))[١٨٩] .فنجد أن الآية الكريمة لا يوجد فيها ما يشير إلى اشتراط العدالة في الولي فالله تعالى خاطب الأولياء من دون تفصيل بين ولي عدل وولي فاسق [١٩٠] ،كما استدلوا بقول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) بما ورد بقول الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) ((زوجوا بناتكم من الأكفاء))(١٩١) ، فليس في الحديث ما يشير إلى اشتراط العدالة [١٩٢] ،أما بالنسبة إلى حديث الرسول (صلى الله عليه وأله وسلم) ((لا نكاح إلا بولي مرشد))فقد ردوا على هذا الحديث بقولهم: إن الحديث أصلاً مضطرب وان لفظة مرشد(١٩٣)، ليس المقصود منها ما ذكر بل معناها الرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه .

سادساً / الذكورة :

اختلف الفقهاء في هذا الشرط فمنهم من ذهب إلى أن الذكورة شرط في الولاية لأن الولاية يشترط فيها الكمال والمرأة قاصرة على حد قولهم حيث تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها من باب أولى [١٩٤] والى هذا الرأي ذهب كل من فقهاء الإمامية(١٩٥) والمالكية(١٩٦)

والشافعية(١٩٧) وكذلك فقهاء الحنابلة والزيدية والظاهرية (١٩٨). فلا تصح عندهم ولاية المرأة لانها لاعبارة لها(١٩٩) .

والى خلاف ذلك ذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى أن الذكورة ليست شرطاً في الولاية وذلك بناءً على مذهب الإمام أبي حنيفة من أن الولاية تكون بعد العصبات لعامة الأقارب من الذكور والإناث [٢٠٠].
يتضح مما سبق عرضه من الشروط التي اشترط الفقهاء توافرها في الولي لكي يستطيع القيام بالحفظ والرعاية والإشراف يتضح لنا أن هناك جملة من الشروط اتفقوا عليها واختلفوا في شروطٍ أخرى فمن الشروط التي اتفق عليها الفقهاء (البلوغ – العقل – الإسلام– الحرية) وقد عَدوُا تخلف أي شرط من تلك الشروط سبباً من أسباب سلب الولاية عن الولي وانتقالها إلى من يليه في المرتبة [٢٠١] ، أما الشروط التي اختلفوا فيها فهي:

أولاً / العدالة :

اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط من ضمن شروط الولاية حيث أوجبوا توافر هذا الشرط في الولي فقهاء الشافعية والبعض من فقهاء الحنابلة والظاهرية ومن ذهب بعدم اشتراط العدالة الإمامية والحنفية والمالكية والشافعية والبعض الآخر من فقهاء الحنابلة والزيدية ويبدو لنا أن العدالة شرط لابد من مراعاته في الولاية لأنه أصلح وأحوط للمولى عليه وكما اشرنا إلى أن مبنى الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ولأن الولاية تستهدف قبل كل شيء الحفظ والصيانة لذا كان لابد أن لا يليها ولياً فاسداً أو فاسقاً.

ثانياً / الذكورة :-

ذهب جمهور الفقهاء من الأمامية والمالكية والشافعية وكذلك الحنابلة والزيدية والظاهرية إلى اشتراط هذا الشرط فلم يجيزوا ولاية الأنثى،وخالفوا بذلك فقهاء الحنفية حيث أجازوا للأنثى تولي مهام الولاية. ونحن نذهب إلى تأييد هذا الرأي لوجود كثير من النساء تحسن تقدير الأمور أكثر من الرجال وفيهن من يفقن الرجال عقلاً .

المطلب الثاني

شروط الولاية في القانون

تفاوتت مواقف التشريعات العربية ومن بينها التشريع العراقي في بيان الشروط الواجب توافرها بمن يتولى أمور الولاية ، فلم يتعرض البعض منها بصورة مباشرة لهذه الشروط ، بينما نص البعض الآخر على تلك الشروط بصورة مباشرة .

ولأجل التعرف على مواقف هذه التشريعات قسمنا هذا المطلب على فرعين ؛خصصنا الفرع الأول لمواقف القوانين التي لم تتطرق لشروط الولي بصورة مباشرة ،وأفردنا الثاني لمواقف القوانين التي نظمت شروط الولي بنصوص خاصة.

الفرع الأول

موقف القوانين التي لم تتطرق لشروط الولي بصورة مباشرة

أغفلت بعض التشريعات الإشارة إلى الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى أمور الولاية ومن هذه التشريعات قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ إذ لم يتعرض للشروط الواجب توافرها في الولي اكتفاءً بما ورد في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ من إشارات غير مباشرة فقد نصت المادة (٩٤) على أنه: (الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذلتهم) وبموجب هذا النص جعل القانون المدني العراقي العقل شرطاً لصحة تصرفات الإنسان وبالتالي لا يمكن للمجنون أن يتولى أمور الولاية لأن الولاية كما أشرنا تثبت للمولى عليه لعجزه عن النظر في شؤون نفسه والقيام بمصالحه، والمجنون لا عقل له ولا يمكنه النظر في شؤونه والقيام بمصالحه فلا يكون ولياً على غيره من باب أولى [٢٠٢] .

كما جعل القانون المدني العراقي البلوغ شرطاً ليكون الشخص أهلاً للتصرف في شؤونه وشؤون غيره كما يعد البلوغ شرطاً لصحة التصرفات المالية وغير المالية وسن البلوغ على وفق القانون المدني العراقي هو إتمام الثامنة عشر من العمر وهذا ما أشارت إليه المادة (١٠٦) بقولها:

(سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) [٢٠٣] وبحسب النص المذكور لا يمكن أن يكون الصغير وغير البالغ ولياً ، أما القدرة على القيام بأمور الولاية بأن لا يكون الشخص عاجزاً لسبب معين عن القيام بأمور الولاية كأن يكون مريضاً أو كبير السن ومع إن هذا الشرط لم ينص عليه المشرع العراقي لكن يخضع لتقدير القاضي من حيث توفره أو عدم توفره ، وبخصوص شرط العدالة عبر عنها بالأمانة فيقتضي المشرع العراقي أن يكون الشخص معروف بالنزاهة وحسن الخلق وهذا ما يمكن أن نستنتجه من قرارات القضاء العراقي بهذا الخصوص حيث قضت محكمة التمييز في العراق بهذا الصدد في قرار لها أن : (البنت الباكر الشابة ملزمة في السكنى مع وليها إن كان مؤموناً)[٢٠٤]

وجاء في قرار آخر لها ما نصه: (إصرار الأب على معاقرة الخمر والمجاهرة بشربها نقص في ولايته الشرعية وإخلال بشرط الأمانة)[٢٠٥] .

وعلى نفس النهج سار القانون المصري فلم يذكر شروط الولي بصورة مباشرة ، بيد أن القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨عدَ كمال الأهلية بالبلوغ والعقل شرطاً من شروط صحة تصرف الإنسان في شؤونه وشؤون غيره والصغير والمجنون لا يمكنهم النظر في شؤونهم وكذلك في شؤون غيرهم من باب أولى(٢٠٦) .

وقد حدد المشرع المصري سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ويخرج عن ذلك من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون ، وهذا ما أشارت إليه المواد (٤٤-٤٥/١)حيث نصت المادة (٤٤) على أن: (١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ٢- سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة) أما المادة (٤٥/ ١) فقد نصت على أن: (١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون) كما إن قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ لم يتعرض لبيان الشروط الواجب توافرها في ولي الزواج على وجه الخصوص وإنما أشار إلى تلك الشروط بصورة غير مباشرة عندما حدد الشروط الواجب توافرها في ولي النفس وبما أن الولاية في الزواج هي جزء من الولاية على النفس فتكون هذه الشروط هي ذات الشروط الواجب توافرها في ولي الزواج وهذا ما نصت عليه المادة (٢١١ / أ) بأنه (أ – يشترط في الولي أن يكون أميناً على القاصر قادراً على تدبير شؤونه متحداً معه في الدين)والملاحظ على هذه المادة أن المشرع الكويتي أكد ضرورة توفر الأمانة والقدرة فيمن يتولى أمور الولاية لما لذلك من أهمية في توجيه المولى عليه وأثر كبير في سلوكه وان تخلف أي من تلك الشروط المذكورة يتعين سلب الولاية منه وهذا ما أشارت إليه المادة (٢١١/ ب) ما نصه: (إذا فقد الولي أحد هذه الشروط سلبت ولايته) .

الفرع الثاني

موقف القوانين التي نظمت شروط الولي بصورة مباشرة

حددت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية الشروط الواجب توافرها في ولي الزواج بشكل مباشر، ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ حيث تعرض عند تناوله لأحكام الولاية في الزواج للشروط الواجب توافرها في ولي الزواج [٢٠٧] وهذا ما نصت عليه المواد (٢١) و(٢٢/ ١) من هذا القانون ، فقد نصت المادة (٢١) على أنه : (الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً) ونصت المادة (٢٢/ ١) على أنه: (يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً)[٢٠٨] كما ذكر المشرع السوري شرط الأمانة في الولي في المادة (١٤٧) التي نصت على أنه : (٣- إذا ثبت أن الولي ولو أباً غير مأمون على الصغير أو الصغيرة يسلمان إلى من يليه في الولاية وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة)(٢٠٩) .

وقد اشترط المشرع الأردني إضافة إلى كون الولي عاقلاً بالغاً أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليها وهذا ما أشارت إليه المادة (١٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة١٩٧٦.

والتي نصت على أنه : (يشترط في الولي أن يكون عاقلاً بالغاً وأن يكون مسلماً إذا كانت المخطوبة مسلمة)[٢١٠] واشترطت بعض القوانين أن يكون الولي غير محرم بحج أو عمرة [٢١١].

يتضح لنا من خلال البحث في شروط الولاية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ما يلي :-

١ – يتفق كلا الجانبين على أن البلوغ والعقل والإسلام من الشروط التي تعدَ أساس الولاية فلا بد من أن يكون الولي عاقلاً بالغاً متحداً في الدين مع المولى عليه حتى يستطيع القيام بالعبء الكبير الملقى على عاتقه بعده المسؤول شرعاً وقانوناً عن حياة وسلامة من هم تحت ولايته .

٢ – فيما يتعلق بإخلال الولي بواجباته بإتجاه المولى عليهم وثبت أنه غير أهل للولاية بفقده شرطاً من الشروط التي مر ذكرها أو فقدها جميعا فإنه يكون عرضه لسلب الولاية منه ومن ثم سقوط كل ما يترتب عليها من حقوق.

الخـــاتمة

بعد وصولنا إلى نهاية دراستنا في موضوع الولاية في الزواج يجدر بنا أن نخرج بجملة من النتائج والتوصيات نورد أهمها فيما يأتي :

أولاً / النتائج :-

١- إن الولاية هي سلطة شرعية تخول صاحبها فضلاً عن التصرف في شؤونه التصرف في شؤون غيره ولو جبراً عنه .

٢- إن للولاية أهميةً كبيرةً في حياة المولى عليها فهي حجر الأساس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليها فمن خلالها تضمن الأسرة استقرارها ودوامها . ويقع على الولي العبء الأكبر في هذه العملية فهو المسؤول شرعاً وقانوناً في حفظ المولى عليها وصيانتها ومشاركتها في اختيار زوجها لذا وكل أمر هذه الولاية إلى من هو أكمل نظراً وأكثر شفقة وواسع خبرة ودراية لمصلحة المرأة وهو الأب ، ثم الجد ، وان علت درجته .

٣- يشترط لمن يصلح للولاية أن يتحقق فيه كمال الأهلية بأن يكون عاقلاً ، بالغاً ، مسلماً ، كما يشترط اتحاد الدين بينه وبين من تثبت عليه الولاية .

٤- عنيت اغلب التشريعات العربية في قوانين الأحوال الشخصية بتحديد من هم الأولياء وبيان الشروط الواجب توافرها فيهم ، وكذلك مدى تأثير الولاية على عقد الزواج بعَدها ركناً في العقد أو عدم عَدها كذلك .

كما عالجت بعض القوانين الخاصة لحالات سلب الولاية من الولي إذا ما أساء استخدام هذه الولاية بشكل يعرض مصلحة المولى عليه للخطر مثل القانون المصري الخاص بأحكام سلب الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢

أما بالنسبة المشرع العراقي فلم يتطرق لأحكام الولاية في الزواج بالذات لكنه عالج بعض جوانبها بصورة غير مباشرة في معرض الحديث عن الولاية على النفس إلا أن هذه المعالجة جاءت معيبة من وجوه عدة يمكن أن نحصرها في ناحيتين :-

<u>الناحية الأولى</u> : أن المعالجة جاءت مبعثرة ما بين عدة قوانين وهي ؛ القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، وقانون رعاية القاصرين رقم ٧٨لسنة١٩٨٠ ففي القانون المدني بيَن المشرع العراقي المقصود بالولي في المادة (١٠٢) منه ، وتطرق المشرع في قانون الأحوال الشخصية في المادة (١/٨) منه لحق الولي في تزويج من هو تحت الولاية إذا أكمل الخامسة عشرة من العمر ، وبالنسبة لقانون رعاية القاصرين رقم٧٨ لسنة١٩٨٠ . حددت المواد(٢٧)و(٣٠)منه الأولياء على المال وبينت صلاحياتهم ، هذا التشتت في معالجة المشرع العراقي لموضوع الولاية يؤدي بلا شك إلى خلق نوع من الإرباك لدى الباحث القانوني وكل مختص بشؤون القانون من قضاة ومحامين وغيرهم .

<u>الناحية الثانية</u> : إن المعالجة جاءت معيبة فلو رجعنا إلى القانون المدني في المادة (١٠٢) نجد فيها أن المشرع العراقي خلط بين الولاية والوصاية فالأوصياء لا يعتبرون من الأولياء حتى لو كانوا مختارين

والشيء نفسه يعاب على المادة (١/٨) من قانون الأحوال الشخصية إذ إنها تعرضت لحق الولي الشرعي في تزويج موليه الذي أكمل الخامسة عشرة من العمر إلا أنها لم تحدد لنا من هو الولي الشرعي .

كذلك بالنسبة لقانون رعاية القاصرين فقد عالج المشرع العراقي أحكام الولاية على المال يتضح مما تقدم إن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في معالجته لموضوع الولاية نظراً للعيوب التي اكتفت تلك المعالجة .

الهــوامش

(١) د. أحمد بخيت الغزالي و د. عبد الحليم محمد منصور ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، ط١، دار الفكر الجامعي –الإسكندرية ، ٢٠٠٨–٢٠٠٩، ص٤٦٨، د. عبد العزيز رمضان سمك ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري ، القاهرة ، ٢٠٠٦ م ، ص١٣١.

(٢) عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤، ص١٥٤ .

(٣) جدير بالذكر أن الأهلية المطلوبة لإنشاء التصرفات على وجه يعتد به شرعاً هي أهلية الأداء فتكون أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها أو هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً أي إنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، د.عبد المجيد الحكيم ،و أ. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام) ،ج١، خالٍ من مكان الطبع ، ١٩٨٠، ص٦٤، عبد الحكيم المجيد ، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ج١، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٧٧، ص١١٥–١١٦ .

(٤) د. محمد كمال إمام و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، خالٍ من سنة الطبع ، ص٢٦٦ .

(٥) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، ج١٥، فصل الواو – حرف اللام والياء ، بيروت ، ١٣٧٦هـ –١٩٥٦ م ، ص٤٠٧، مجد الدين الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج٤ فصل الواو ،ط٣، المطبعة المصرية ، بلا مكان طبع ، ١٣٥٢ هـ –١٩٣٣ م، ص٤٠١ .

(٦) بطرس البستاني ، محيط المحيط ، ج٢، باب الواو ، بيروت – لبنان ، ١٢٨٦ هـ– ١٨٧٠ م ، ص٢٢٨٧.

(٧) سورة البقرة : الآية /٢٥٧.

(٨) سورة الرعد الآية /١١.

(٩) سورة النساء: الآية /٤٥.

(١٠) أبو عبد الله محمد بن عمر بن حسين الرازي ، التفسير الكبير ،ج١،ط١، المطبعة البهية المصرية – مصر ، ١٣٥٧ هـ – ١٩٣٨ م، ص١١٦ .

(١١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، مرجع سابق، ص٤١٠ ، بطرس البستاني ، مرجع سابق ، ص٢٢٨٨.

(١٢) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرضوان – حلب ، ٢٠٠٥ ، ص٧٣٦ ، مجد الدين الفيروز أبادي ، مرجع سابق ، ص١٧٣٢ .

(١٣) زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ، ج٧، مؤسسة المعارف الإسلامية ، إيران – قم ، ١٤١٣هـ ، ص١١٦ .

(١٤)الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ج٢٩، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، ١٩٨١، ص١٧٠ .

(١٥) محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ،ط٤، دار التفسير ، قم ، ١٣٨٢هـ، ص٢٩٨.

(١٦)العلامة أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع في فقه الإمامية ، ط٢، منشورات قم للدراسات الإسلامية ، طهران ، ١٤٠٢ هـ ، ص ١٧٢ .

(١٧)السيد العاملي ، نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام ، ج١،ط١، مؤسسة النشر الإسلامية ، بلا مكان طبع ،١٤١٣ هـ ، ص٦٢، أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج١وج٢، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٥١٥ ، أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج٤، مؤسسة النشر الإسلامية ، قم ، ١٤١٤ هـ ، ص٢٥٠ .

(١٨) زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٣، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان ، ١٩٩٧ ، ص١٩٢ .

(١٩) شمس الدين السرخي ، المبسوط ،ج٥، دار المعرفة ، بيروت –لبنان ، بلا سنة طبع ، ص٢.

(٢٠) علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢،ط١، المكتبة الحبيبية ، باكستان ،١٩٨٩ ، ص٢٤٧.

(٢١) علاء الدين السمر قندي ، تحفة الفقهاء ، ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٤، ص١٤٩ .

(٢٢) محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية رد المختار شرح تنوير الأبصار ،ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥،ص٦٠ .

(٢٣) د. مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية) ،ج١، ط٣، مطبعة الجامعة السورية ، بلا مكان طبع ، ١٩٥٢، ص٥٤٢، د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع ، ص٢٢٢ .

(٢٤) محمد أمين المعروف بابن عابدين ، ج٣ ،مرجع سابق ، ص٦١ .

(٢٥) مالك ابن انس ، الموطأ ،ج٢، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ،بلا سنة طبع ، ص٥٢٥ ، عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائي ، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك ،ج٣، دار العرب الإسلامي ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ،ص٤٨.

(٢٦) سورة الأحزاب آية (٦) .

(٢٧) سورة التوبة آية (٧١) .

(٢٨) محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ،ج٥، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر ،بلا مكان طبع، ١٩٨٠ ، ص١٥.

(٢٩) الإمام زكريا محي الدين النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج١٦، دار الفكر ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص١٤٧.

(٣٠) عبد الرحمن بن قدامه المقدسي ، الشرح الكبير ، ج٧، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، بلا مكان طبع ، بلا سنة الطبع ، ص٤٠٨

(٣١) الإمام يحيى بن الحسين ، كتاب الأحكام في الحلال والحرام ،ج١،بلا مكان طبع، بلا سنة طبع ، ص٣٤٧

(٣٢) أبو محمد علي بن سعيد بن حزم ، المحلى ،ج٩، دار الفكر ، بلا مكان الطبع ، بلا سنة طبع ،ص٤٥١.

(٣٣) علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل (تعليق على النصوص) المكتبة القانونية ،بلا مكان طبع، بلا سنة طبع ، ص١٩

(٣٤) يقابلها الفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم ١٣ لسنة ١٩٥٦ الذي نص على أن (الولي هو العاصب بالنسب -----) ، والمادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة١٩٧٦ والتي نصت على أن: (الولي في الزواج هو العصبة بنفسه---) ، والمادة (١٦) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ سنة ١٩٩٢ حيث نصت على ما يلي : (ولي عقد الزواج هو الأقرب فالأقرب ------) ، والمادة (١١/أ) من قانون الأحوال الشخصية العماني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ حيث نصت على أن: (الولي في الزواج هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث -----)، والمادة (٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على أن: (الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ----) ، والمادة (٢٦) من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ حيث نصت على أن: (الولي في الزواج هو الأب ثم الجد العاصب-------) .

(٣٥) د. حسني نصار ، تشريعات حماية الطفولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص٣١٧..

(٣٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام) ج١، دار الكتب المصرية – القاهرة ، ١٩٣٤ ، ص٢٠٧، د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ط٦، مطبعة السلام – مصر ، ١٩٨٧ ، ص٧٧٨ ، احمد إبراهيم بك ، مرجع سابق ، ص٣ومابعدها .

(٣٧) د. محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني (نظرية الالتزام) ج١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥، ص١٢٨.

(٣٨) د. علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط٤، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص١٠٩ .

(٣٩) مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ،ج٢، ط٣، مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ،١٩٥٨ ، ص١٢، د. محمد كمال عبد العزيز ، الوجيز في نظرية الحق ، مطبعة الاستقلال ، مصر ، بلا سنة طبع ، ١٣٧.

(٤٠) عبد الكريم شهبون ، الشافي في شرح مدونة الأسرة ، ج٢، ط١، بلا مكان الطبع ، ٢٠٠٦، ص٦٧ .

(٤١) قرار رقم ٦٨١ شرعية / ٩٦٩ – تاريخه ١٩٦٩/١٠/٢٠/ مجلة القضاء ، مجلة تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، بغداد ، س٢٤، ع٤، ١٩٦٩، ص٢٦٦ .

(٤٢) رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢١.

(٤٣) الملك : وهذا يتمثل في إن للسيد ان يتولى تزويج من له الملكية عليه كعبده وأمته بحكم هذه الملكية عليهما . د. حسين خلف الجبوري ، الزواج وبيان أحكامه في الشريعة الإسلامية ، بغداد ، بلا سنة الطبع ، ص١١٧ .

(٤٤) الولاء : ويقصد بها ولاء العتاقة التي تثبت بسبب إعتاق السيد لعبده أو أمته وهذه العادة كانت سائدة ومتعارف عليها في الجاهلية ثم عند مجيء الإسلام استمرت في بدايته بالصورة التالية وهي أن يسلم رجل من الكفار على يد رجل مسلم فيواليه بأن يقول له مثلاً أنت مولاي فهذه الموالاة تصبح درجة من الولاية تأتي مرتبتها بعد ولاية الأقرباء . حسين خلف الجبوري ، مرجع سابق، ص١٢٨ ، د. محمد زيد الابياني ، شرح الأحكام الشرعية ،ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٦، ص٥٩.

(٤٥) الإمامة : المراد بالإمام من إليه الأمر من إمام أو خليفة ، وهي ولاية الحاكم ومساعديه من القضاة وغيرهم عندما يتعذر الولي بالقرابة لقول رسول الله (ص)(السلطان ولي لمن لا ولي له) . د. أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧، ص١٦٣، د. محمد كمال الدين إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، ط١، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٦، ص١٠٥ .

(٤٦) د. أحمد الحصري ، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي ، دار الجيل ، بيروت ، خالي من سنة الطبع ، ص١٣ .

(٤٧) د. محمد كمال الدين أمام ود. جابر عبد الهادي الشافعي ، مرجع سابق ، ص٢٦٦.

(٤٨) العصبة : لغة هم الأقارب من جهة الأب وسموا عصبة لأنهم يعصبون الشخص ويعتصب بهم أي يحيطون به ويشتد بهم . ومن ثم سموا قرابة الإنسان الذكور الذين يدلون اليه بالذكور عصبة لأنهم يحيطون ويذودون عنه ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، ج١، حرف الباء – فصل العين ، مرجع سابق ، ص٦٠٦ .

(٤٩) د. أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج٢، بغداد ، بلا سنة الطبع ، ص١٢٠.

(٥٠) العاصب بغيره : هي كل أنثى صاحبة فرض تصير عصبة بانضمامها إلى عاصب بنفسه فتكون عصبة بغيرها من الذكور الذين يعصبونها ممن هم في قوتها ودرجتها وجهتها وتنحصر هذه العصبة في أربع إناث فقط : (البنت ، بنت الابن ، الأخت الشقيقة ، الأخت لأب) ، د. عبلة عبد العزيز عامر ، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص٧٤ .

(٥١) العاصب مع غيره : وهي الأنثى التي تصير عصبة مع أنثى غيرها وتنحصر في (الأخت الشقيقة أو لأب واحدة أو أكثر إذا اجتمعت مع البنت أو بنت الابن واحدة كانت أو أكثر) د. أحمد الكبيسي ،الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته،ج٢، مرجع سابق ، ص١٢٢–١٢٣ .

(٥٢) أبو العباس احمد بن عمر الديربي الشافعي ، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة ، مكتبة الشرق الجديد –بغداد ، بلا سنة الطبع ، ص١٦٣ .

(٥٣) السيد محمد صادق الصدر ، ما وراء الفقه ، ج٦، ط١، دار الأضواء للطباعة والنشر ،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٩ ، ص١٨.

(٥٤)زين الدين بن علي العاملي ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(٥٥) محمد حسن النجفي ،ج٢٩ ،مرجع سابق،ص١٨٩ .

(٥٦) محمد بن أمين المعروف بابن عابدين ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص٦٠ .

(٥٧) المرجع نفســه ، ص٨٧ .

(٥٨)مالك ابن انس، المدونة الكبرى ، ج٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان ، بلا سنة طبع ، ص١٦٦

(٥٩) المرجع نفســـه ،ص١٦٧.

(٦٠)محمد بن إدريس الشافعي ،ج٥،مرجع سابق ، ص٢١ .

(٦١) المرجع السابق ،الصفحة نفسها .

(٦٢)عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، ج٧، مرجع سابق، ،ص٤٤١.

(٦٣) أحمد بن يحيى بن المرتضى،البحر الزخار الجامع المذاهب علماء الأمصار ،ج٣،ط١،مطبعة أنصار السنة المحمدية،مصر ، بلا سنة طبع ،ص٥٥ .

(٦٤)أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الظاهري،ج٩،مرجع سابق ،ص٤٦٣ .

(٦٥)متولي عبد المؤمن ، نظام الوصاية والقوامة على القصر في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة،١٩٩٩،ص٢١١ .

(٦٦) حميد سلطان الخالدي ،الحقوق اللصقية بشخصية الطفل، أطروحة دكتوراه ،مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ،٢٠٠٤،ص٢٥٩ .

(٦٧) عبلة عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ، ص ٦٨ ، د. أحمد الحصري ، مرجع سابق ، ص ١٧ – ١٨ ، د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، السليمانية ، ٢٠٠٤ ، ص ٨٧ .

(٦٨) د. محمد كمال الدين ، د. جابر عبد الهادي الشافعي ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ ومابعدها .

(٦٩) الولاية على قول الشافعية وقول أبي يوسف الآخر وقول الإمام محمد من الأحناف هي نوعان ولاية الاستبداد وولاية شركة ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، ، ج٢ ، مرجع سابق، ص ٢٤٢ ، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز اباذي الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ج٢ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر ، خالي من سنة الطبع ، ص٤٥.

(٧٠) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج٣ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص ١٤٩ ، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع ، ص٢٢٣ ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي،المغني، ج٧ ،دار الكتاب العربي للطبع والنشر والتوزيع،بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع ، ص ٣٨٦ ، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز اباذي الشيرازي ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص ٤٨ ، المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الأول والثاني، مرجع سابق ، ص٥١٦ ، الشيخ محمد بن علي بن بابويه الصدوق ، الهداية في الأصول والفروع ، ط١، مؤسسة الإمام الهادي عليه السلام ،قم، ١٤١٨ ، ص ٢٦٠ ، عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،(النكاح والطلاق)،ج٤،دار التقوى للطبع والنشروالتوزيع،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٣، ص ٢٦ .

(٧١) محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ج٢،ط١ ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٨ ،أبو محمد علي بن سعيد بن حزم ، ج٩ ، مرجع سابق ، ص ٤٥٩،أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ج ٣ ،مرجع سابق ، ص٥٧،الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ج٣ ، المكتبة السلفية ، القاهرة ، بلا سنة طبع، ص١٥، محمد أمين المعروف بابن عابدين ، ج ، مرجع سابق ، ص٦٠ .

(٧٢) الشيخ محمد حسن النجفي ،ج٢٩ ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ ، أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي،المبسوط في فقه الإمامية ، ج٤،المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، طهران ، بلا سنة طبع ،ص١٦٢-١٦٣ ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ،ج٢، مرجع سابق ،ص٢٢٣ ، أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨-٣٣٩ ،محمد الشربيني الخطيب ، ج٣، مرجع سابق ،ص١٤٩ .

(٧٣) يختلف المالكية مع الشافعية في الثيب إذا كانت صغيرة حيث يرى المالكية أن الولاية تكون عليها إجبارية أما إذا كانت كبيرة فالولاية عليها اختيارية . أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥ م ، ص٦ ، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز اباذي الشيرازي ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص ٤٨.

(٧٤) د. أحمد محمد علي داود ، فقه الأحوال الشخصية المقارن ، ج١ ، ج٢ ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٤ .

(٧٥) شمس الدين السرخسي ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص٢١٢.

(٧٦) سورة الطلاق آية (٤) .

(٧٧) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل أي القران ، ج٢٨ ،ضبط وتحقيق وتوثيق صدقي جميل ، دار الفكر للطباعة والنشر ،بلا مكان طبع،١٩٩٥ ،ص١٨١.

(٧٨)موفق الدين بن قدامة المقدسي ، ج٣ ،مرجع سابق ،ص١٥ ، أبو محمد علي بن سعيد بن حزم ، ج٩ ، مرجع سابق،ص٤٥٩ ، أحمد بن يحي بن المرتضى ، ج ٣ ،مرجع سابق،ص٥٦.

(٧٩)أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، ج٦ ،مرجع سابق ، ص١٣٤.

(٨٠) محسن الطباطبائي الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج١٤، (كتاب النكاح) ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٤٥٤ ، السيد العاملي ،ج١،مرجع سابق،ص٦٥ ،زين الدين بن علي العاملي ،ج٧،مرجع سابق،ص١١٨-١١٩.

(٨١) محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ،ج٥، دار المرتضى – بيروت ، بلا سنة طبع ، ص٣٩٣.

(٨٢) حسين خلف الجبوري ، مرجع سابق، ص ١٣٠،ساهرة حسين كاظم أل ربيعة ، التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس ،أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ،٢٠٠٤ ، ص ١٣٧ .

(٨٣) د. أحمد الحصري ، مرجع سابق ، ص ١٧ ، زكي الدين شعبان ، الزواج والطلاق في الإسلام ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص٥٠ .

(٨٤) د.احمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٨٥) زين الدين ابن نجيم الحنفي ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص ١٩٣ ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩، مرجع سابق ، ص ٤٥٩ ، أحمد بن يحيى بن المرتضى ،ج٣ ، مرجع سابق ، ص ٥٦ ، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ،المبسوط في فقه الأمامية، ج٤ ، مرجع سابق ، ص ١٦٢ .

(٨٦) زين الدين ابن نجيم الحنفي ،ج٣ ، مرجع سابق ، ص ١٩٣ .

(٨٧) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ،ج٣،مرجع سابق،ص١٥ .

(٨٨) محمد الشربيني الخطيب ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ ، أبو محمد عبد الله بن محمد بن احمد بن محمد بن قدامه ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ – ٣٨٤ ، المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ،ج١وج٢،مرجع سابق ، ص ٥١٨ ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ ، محمد بن إدريس الشافعي ، ج٥ ، مرجع سابق ، ص ١٩ .

(٨٩) الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، حققه وأخرج أحاديثه د.بشار عواد معروف ، المجلد الثالث ، دار الجيل– بيروت ،بلا سنة طبع ، كتاب النكاح – رقم الحديث ١٨٧٠ ، ص ٣١٩ .

(٩٠) د. عبد الناصر توفيق العطار ، الوسيط في أحكام الأسرة ، المكتبة الأزهرية للتراث ،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٨ ، ص ٦١ .

(٩١) ما روي أن السكوت قد يحتمل جانب السخط لأن الصمت يكون في حق الأب لأنها إنما تستحي من الأولياء لا من الأجانب وبذلك يكون الصمت ليس بإذن لأنه محتمل للرضا وغيره ، علاء الدين بن مسعود الكاساني الحنفي ،ج٢ ، مرجع سابق ، ص ٥٠٦.

(٩٢) المستشار أحمد نصر الجندي ، موسوعة الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق والتفريق بين الزوجين) ،دار الكتب القانونية ،مصر،٢٠٠٦ ، ص ٤٧ .

(٩٣) د. أحمد الحصري ، مرجع سابق ، ص ١٨ .

(٩٤) محمد بن إدريس الشافعي ، ج٥ ، مرجع سابق ، ص ١٩ ، شمس الدين السرخسي ،ج٥ ، مرجع سابق ، ص ١٢

(٩٥) أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني ، مختصر المزني، ج١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع ، ص ١٦٣ .

(٩٦) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ،ج٢ ، مرجع سابق ، ص ٢٤٧ ، علاء الدين السمرقندي ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

(٩٧) أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، النهاية ، ج١ ، انتشارات قدس المحمدي ، قم ، بلا سنة الطبع ، ص ٤٦٥ ، أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ،المبسوط في فقه الأمامية ، ج٤، مرجع سابق ، ص ١٦٤ ، محمد تقي

المدرسي ، أحكام الإسلام ، ط٢ ، دار المحبى الحسين (عليه السلام)،بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع،ص ٥٤٥ ، محمد بن جمال الدين العاملي ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ ، محمد جواد مغنية ، ج٢ ،مرجع سابق ، ص٦٠.

(٩٨) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ،ج٢ ، دار مكتبة الحياة، بيروت ، ١٢٩٥ هـ ، ص٩ ، أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، الخلاف ، ج٤ ،مرجع سابق ، ص٢٦٩ .

(٩٩) زين الدين بن علي العاملي ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(١٠٠) فلا ولاية للام والجد لام ولا الإخوة ولا الأعمام ولا الأخوال ولا لكبيرة العشيرة أو الأسرة فلو عقد احد من هؤلاء كان عقده فضوليا بمنزلة عقد شخص أجنبي ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢، مرجع سابق، ، ص٥١٥ .

(١٠١) زين الدين بن علي العاملي ، ج٧، مرجع سابق،ص١١٦ .

(١٠٢) د. حسن علي السمنى ، الوجيز في الأحوال الشخصية الزواج والطلاق ، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع ، ص ١١٧ ، عبد المجيد محمود مطلوب ، مرجع سابق ، ص١٦١ .

(١٠٣) شمس الدين السرخي ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ –٢٢٠، زين الدين ابن نجيم الحنفي ، ج٣ ، مرجع سابق ،ص٢١٨ .

(١٠٤) وهذا خاص بولاية التزويج بالنسبة للصغير والصغيرة .

(١٠٥) محمد قدري باشا ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ج١، ط١ ، دار السلام للطباعة والنشر ، القاهرة – مصر ،بلا سنة طبع، ص١٢٩ .

(١٠٦) فخرالدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٢ ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، بلا سنة الطبع ، ص ١٢٢ ،فضيلة الشيخ عبد الله المراغي ، الزواج والطلاق في جميع الأديان ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، الجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، ص ٢-٤ .

(١٠٧) عبد العزيز رمضان سمك ، مرجع سابق ، ص ١٥٠.

(١٠٨) وقد نشب خلاف بين فقهاء الحنفية حول تقديم الجد على الأخوة الأشقاء أو الأب حيث يرى بعض المتقدمين من الحنفية تقديم الجد على الأخوة وهو رأي أبي حنيفة ، أما الصاحبان فرأيهما أنه معهم على السواء فهو يشارك في الولاية الأشقاء أو الأخوة لأب . والسبب في اختلافهم أن أبا حنيفة يقدم الجد على الأخوة في الميراث فيحجبهم ، أما الصاحبان فيجعلانه معهم في الميراث فيكون معهم في الولاية أيضاً، وقد ذكر السرخي في مبسوطه أن يقدم الجد على الأخوة الأشقاء أو الأخوة لأب هو موضع اتفاق بين فقهاء الحنفية ، لأن الميراث يقوم على مجرد الصلة العصبية أما الولاية تقوم على الشفقة والرعاية ولا اختلاف بين الناس في أن الجد أكثر رعاية وصيانة من الأخوة ، شمس الدين السرخي ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص٢١٩.

(١٠٩) وقد خالف في ذلك زفر من الحنفية حيث يرى أن الأخ لأب كالأخ الشقيق تماماً لانهما قائمان مقام الأب وصلة الأخ لأب بالأب كصلة الأخ الشقيق ، وطالما استويا في سبب الولاية (وهي العصوبة) فلا رجحان لأحدهما على الأخر في الولاية . ولان أساس الولاية هو القرابة الأبوية ولا دخل للام ولا لقرابتها في الولاية ، شمس الدين السرخي ، ج٤، المرجع السابق ، ص ٢١٩ .

(١١٠) يوجد هناك إلى جانب العصبات النسبية العصبات السببية وهي الآتية من العتق ومرتبة مولى العتاقة في الولاية تأتي بعد العصبات النسبية ، ولكن بعد زوال الرق فلا يُتصور ولاية مولى العتاقة لها وجود الآن ،د. زكي الدين شعبان ،مرجع سابق ،ص٥٢.

(١١١) د. أحمد إبراهيم بك ود. واصل علاء الدين أحمد ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ،ط٥ ،بلا مكان طبع ،٢٠٠٣ ،ص١٢٦ .

(١١٢) محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار وشرح منتهى الأخبار من أحاديث الأخيار ، ج٦ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ٢٥١ .

(١١٣) و زكريا احمد البري ، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون ، دار الإتحاد العربي للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧٤ ،ص٧٢ .

(١١٤) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ،ج٢،مرجع سابق ،ص٢٢٥،أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي ، مواهب الجليل من أدلة خليل ،ج٣، دار أحياء التراث العربي، قطر ،١٩٨٦ ،ص٣١.

(١١٥) خالد عبد الرحمن العك ، موسوعة الفقه المالكي ،ج٣،ط١،دار الحكمة للطباعة والنشر ،سورية-دمشق ،١٩٩٣،ص٦٣٨ .

(١١٦) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي ،ج٣،ط٢، المطبعة الكبرى الأميرية ،بولاق -مصر ،١٣١٧هـ ،ص١٨١-١٨٢، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ،ج٢، مرجع سابق ،ص٢٢٥ .

(١١٧) العلامة عبد العزيز آل مبارك الأحسائي،ج٣،مرجع سابق،ص٤٣ .

(١١٨) محمد الشربيني الخطيب ، ج٣ ،مرجع سابق ، ص١٥١ ،أبو محمد محمود بن أحمد العيني ، البناية في شرح الهداية ، ج٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ص ٦١١- ٦١٢،سميح عاطف زين ، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة ،ج٣،دار الكتاب المصري واللبناني ، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع ، ص١١٤ .

(١١٩) عبد المجيد محمود مطلوب ، مرجع سابق ، ص١٦١ .

(١٢٠) وبذلك يتفق الشافعية مع الأرجح عند الحنفية ويختلفون مع المالكية ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،ج٦، مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٨٣ ، ص٢٢٦.

(١٢١) وقد استثنى الشافعية من ذلك حالتين تثبت فيهما الولاية للابن لا بسبب البنوة المحضة بل بسبب آخر أولهما : إذا كان ابنها ابن عمها فإنه يصح قريباً عاصباً بالعمومة لا بالبنوة ، وثانيهما إذا كان الحاكم يزوجها بالولاية العامة ، شمس الدين محمد بن أبي عباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، ج٦ ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ .

(١٢٢) محمد بن إدريس الشافعي ، ج٥ ، مرجع سابق ، ص١٤.

(١٢٣) المرجع نفســه ، ص٢٠.

(١٢٤) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، عالم الكتب ، بيروت –لبنان ، ١٤٠٦ هـ ، ص ١٧ ومابعدها ، موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص١٩–٢٠.

(١٢٥) معجم الفقه الحنبلي ، مستخلص من كتاب المغني لابن قدامة ، ج٦ وج٧، ،ط١، مسالة رقم (١٥١٥) ، ص٩٨٣ .

(١٢٦) د. محمد سمارة ، أحكام وأثار الزواج ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص٩٠ .

(١٢٧) محمد الشربيني الخطيب ، ج٣ ،مرجع سابق ، ص١٥١

(١٢٨) د.محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع ، ص١٦٥ .

(١٢٩) وهناك روايات أخرى عن الإمام أحمد بن حنبل تتفق مع قول زفر من الحنفية فيما لو اجتمع الأخ الشقيق مع الأخ لأب فإنهما سواء في الولاية لأنهما استويا في الإدلاء بالجهة التي يستفاد منها العصبة وهي جهة الأب والعصوبة سبب الولاية فإذا استويا فلا أرجحية لأحدهم على الآخر ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص٣٤٧ .

(١٣٠) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ،كشاف القناع على متن الإقناع،ج٥،ط١،دار إحياء التراث العربي،بيروت–لبنان،١٩٩٩،ص٦٢–٦٣.

(١٣١) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة مقدسي ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢ .

(١٣٢) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن احمد بن قدامه المقدسي ، ج٧، مرجع سابق ، ص٣٨٦ ،معجم الفقه الحنبلي مستخلص من كتاب المغني،ج٢ ،مرجع سابق،ص٩٨٧.

(١٣٣) أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص٤٦–٤٧ ، د. أحمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص ١٨٥ .

(١٣٤) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩ ، مرجع سابق ، ص٤٥١.

(١٣٥) المرجع نفسه ، ص٤٥٨–٤٥٩ .

(١٣٦) شمس الدين السرخسي ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ ، ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، ج ٧ ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ ، احمد بن يحي بن المرتضى ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص ٤٦ ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص١٨٠ .

(١٣٧) أبو عبد الله محمد ابن عبد الله الخرشي ، ج١، مرجع سابق ، ص١٨٠،أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص ٤٦ ،أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه ،ج٧، مرجع سابق ، ص٣٤٧ ، علاء الدين ابن بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص ٥١٩

(١٣٨) شمس الدين السرخي ، ج٤ ، مرجع سابق، ص ٢١٩ ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩ ، مرجع سابق ، ص ٤٥١ ، محمد الشربيني الخطيب ، ج٣، مرجع سابق ص١٥١ ، أبو عبد الله بن محمد بن احمد بن محمد بن قدامة ، ج٧ ، ص٣٤٧.

(١٣٩)السيد العاملي ،ج١، مرجع سابق ، ص ٦٣ .

(١٤٠) زين الدين بن علي العاملي ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(١٤١) شمس الدين السرخي ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص٢١٩ ، أبي محمد عبد الله احمد بن محمد بن قدامة ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص٣٤٨ ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص٢٢٥ ، شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، ج٦، مرجع سابق ، ص ٢٢٦

(١٤٢) سورة التوبة آية (٧١)

(١٤٣) إنظر نص المادة(٣٠)من القانون المذكور.

(١٤٤)عادل قورة ، تشريعات الطفولة في مصر ، مطابع الشروق ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٣٠ .

(١٤٥)لقد قصر المشرع السوري الولاية في الزواج على الولي العاصب أخذاً برأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد خلافاً لما ذهب إليه أبو حنيفة من انتقال الولاية من بعد العصبات إلى ذوي الأرحام ،أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص٣٢

(١٤٦) تقابلها المادة (٩)من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة١٩٧٦والتي نصت على أن: ((الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة)) ، والمادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤والتي نصت على أن: (١- الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث ----) ، والمادة (١١/أ) من قانون الأحوال الشخصية العماني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧التي نصت على أن: ((الولي في الزواج هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ----)).

(١٤٧) د. عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ط٥ ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٩٧٩ ، ص٢٤٧ وص ٢٧٧.

(١٤٨)كما هو مبين في المادة (٢/٣٤٠) منه التي نصت على أن: (الولي هو الأب ثم الأم ثم المحكمة) ، ولكن يؤخذ على هذا المشروع انه حصرالولاية بالأب والأم والمحكمة من دون اعتبار لبقية الاقرباء من العصبة .

(١٤٩)وهذا ما نص عليه الفصل (٨) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

(١٥٠) هذا ما نصت عليه المادة (١٧٠) و (٢١) من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية اليمني .

(١٥١) البلوغ لغةً : الإدراك ، وبلغ المكان بلوغاً وصل إليه وكذا شارف عليه ومنه قوله تعالى: ((فإذا بلغن أجلهن)) والاسم من البلاغ وشيء بالغ أي جيد ، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص٥٥ ، مجد الدين الفيروز ابادي ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص١٠٣ .

أما البلوغ شرعاً : بالعلامات الطبيعية الدالة عليه التي تظهر على الذكر والأنثى أي بظهور علامات وأعراض الرجولة بالنسبة للذكر وأعراض الأنوثة بالنسبة للأنثى ويسمى ذلك بالبلوغ الطبيعي . أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامه ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص٥١٣ ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، ج٧ ، مرجع سابق ،

ص١٧١ وأدنى حد لهذا البلوغ هو أثنى عشرة سنة بالنسبة للذكر وتسع سنوات بالنسبة للأنثى لأن أقل سن يجيء فيه الحيض للأنثى هو تسع سنوات وأقل سن يحتلم فيه الذكر هو اثنتا عشرة سنة ، ويسمى هذا السن سن المراهقة اذ قد يحتمل بلوغ النكاح في هذا السن كما جاء في القران الكريم ((وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح)) .أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص٣٣٥ .

أما إذا لم تظهر العلامات الدالة على البلوغ بعد الثانية عشرة للذكر وبعد التاسعة للأنثى فيكون البلوغ في هذه الحالة بالسن إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد هذا السن فحدده بعضهم بإكمال (١٥) سنة للذكر والأنثى على حدٍ سواء وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية . أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٥،ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٧ ، ص٥٦ ، فريد فتيان ، شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص٥٣ ، وقد حددها البعض الأخر من الفقهاء بـ (١٨) سنة للذكر و (١٧) سنة للأنثى وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية .علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص١٧٢ ، صالح حنفي ، قضاء الأحوال الشخصية ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، خالي من سنة الطبع ، ص٧٨-٧٩ . أما فقهاء الأمامية فقد حددها بـ (١٥) سنة للذكر و(٩) سنوات للأنثى ، محمد علي الأنصاري ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، ج٧ ، ط١،مجمع الفكر الإسلامي ،بلا مكان طبع ، ١٤٢٧هـ ، ص٢٨ ومابعدها .

(١٥٢) السيد هاشم الموسوي (دام ظله) ، تلخيص المرام في معرفة الأحكام ، ج٢ ،ط٢،دار المؤرخ العربي ، بيروت –لبنان ، ٢٠٠٢ م ، ص٢٤٤ ، علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص٢٣٧ ، أبو بركات الشيخ الكبير الدردير،الشرح الكبير،ج٢،دار الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٢٣٠ ، محمد بن إدريس الشافعي ، ج٥، مرجع سابق ، ص١٦ ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، مرجع

سابق ، ص١٨ ، احمد بن يحيى بن المرتضى ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص٥٣ ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩، مرجع سابق ، ص٤٦٢ .

(١٥٣) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية ، ط١، الشركة الأهلية ، بغداد ، ١٣٧٨ هـ – ١٩٥٨م ، ص٩٦ .

(١٥٤)عبد العزيز رمضان سمك ، مرجع سابق ، ص١٥٣، د. مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية(الزواج وانحلاله) ج١،ط٩ ،دار الورق للنشروالتوزيع ،بيروت ،٢٠٠١،ص١٤١،عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، ج١،بلا مكان الطبع ، بلا سنة الطبع ، ص٨٨.

(١٥٥) أحمد بن الحسن بن علي بن موسى أبو بكرالبيهقي ، السنن الكبرى ، ج٦ ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٨٤ ، ص٨٤ .

(١٥٦) العقل لغة : هو العلم بصفات الأشياء بحسنها وقبحها وكمالها ونقصانها وقيل :الحجر والنهي ورجل عاقل وعقول وقد يأتي بمعنى العلم بخير الخيرين أو شر الشرين ، محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص٣١١ ، مجد الدين الفيروز أبادي ، ج٤ ،مرجع سابق ، ص١٨ .

(١٥٧) سامي إبراهيم أحمد ، مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته ، رسالة ماجستير قدمت إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ،١٩٨٣، ص١٦٢، دبدران أبو العنين بدران ، الشريعة الإسلامية (نظرية الملكية والعقود) مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، بلا سنة الطبع ،ص٤٦١.

(١٥٨)أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،القسم الأول والثاني،مرجع سابق ، ص٥١٨، منذر عبد العزيز الشمالي ، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،٢٠٠٦ ، ص ١٩٧ ، محمد أمين المعروف بابن عابدين ،ج٣ ، مرجع سابق ،ص٦٠ ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، ج٢،مرجع سابق ، ص٢٤٠ ، محمد الشربيني الخطيب ،ج٣ ، مرجع سابق ،ص١٥٤،ابن ابي زيد القيرواني ، الثمرالداني في تقريب المعاني ،ج١، المكتبة الثقافية ، بيروت_ لبنان ،بلا سنة طبع ،ص٤٣٦.

(١٥٩) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص٣٥٥، العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ، شرح الأزهار ،ج٢ ، بلا مكان الطبع ، ١٢٠٧هـ، ص٢٢٩،أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩ ، مرجع سابق ، ص٤٦٣.

(١٦٠) د. أحمد علي الخطيب و د. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١، بلا مكان طبع ،١٩٨٠ ، ص٥٥.

(١٦٢) عمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ،ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،بلا مكان طبع،٢٠٠٩ ، ص٧٥

(١٦٣) تكون تصرفات المجنون باطلة بطلاناً كلياً فلا تصح له عبارة أصلاً ولا يبني عليها أي حكم من الأحكام أشار إلى ذلك طعن ٢٣/ ٦/ ١٩٨١ رقم ٥٧ لسنة ٤٩ إعداد يسار محمود نصار ، موسوعة المعارف القانونية (الإصدار المدني) ج١ ، إصدار المجموعة الدولية للمحاماة ، ١٩٨٢ ، ص٤٠٠ .

(١٦٤) يبطل تصرف المعتوه بشرط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه به مع عدم اشتراط ان يكون التصرف نتيجة استغلال و تواطؤ أشار إلى ذلك طعن ١٣/ ١/ ١٩٧٠ رقم ٥٠٢ لسنة٣٥ق ، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ودائرة

الأحوال الشخصية (محكمة النقض) السنة الحادية والعشرون ، العدد الثالث ، مطبعة القضاء العالي –القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص٢١٩ .

(١٦٥) محمد أمين المعروف بابن عابدين ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص٦٣.

(١٦٦) الامام السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين (المعاملات) ، ج٣، المؤسسة العلمية للمطبوعات ، بيروت –لبنان ، ١٤١٦هـ ، ص١٩ ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج١وج٢، مرجع سابق ، ص٥١٢ ، زين الدين ابن نجيم الحنفي ، ج٣، مرجع سابق ، ص١٦٢،أبو بركات السيد أحمد الدردير ، ج٢، مرجع سابق ،ص٢٣٠ ، شيخ الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية ،بيروت –لبنان ، ١٩٩٨،ص٦٣، أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة ، ج٧، مرجع سابق ، ص٣٥٥ ،أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ج٣، مرجع سابق ، ص٢٢٨ ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩، مرجع سابق ، ص٤٦٣.

(١٦٧) أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، ج٧ ، مرجع سابق ، ص٣٥٦ ، أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، ج٩، مرجع سابق ، ص٤٦٣ ، أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ، ج٥، مرجع سابق ، ص٧١ ، أبو بركات الشيخ أحمد الدردير ، ج٣، مرجع سابق ، ص٢٣٠ ، عبد الكريم رضا الحلي ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ،منشورات مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص١٠ ، محسن الطباطبائي الحكيم ، ج١٤، مرجع سابق، ص٤٨٠ ، شيخ الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري ، ج٢، مرجع سابق ، ص٦٣ ، محمد أمين المعروف بابن عابدين ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص٦٠ .

(١٦٨) الحرية لغة : الحر ضد العبد والحرة ضد الأمة وحر العبد يحر حراراً بالفتح أي العتق وحر الرجل يحر حرية بالضم ، الأمام محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص١٠٤ ، السيد مرتضى الميلاني ، أحكام المرأة في الإسلام ، دار البلاغة ، بلا مكان طبع ،بلا سنة الطبع ، ص٢٠٠

(١٦٩) د. بدران ابو العنين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والجعفرية والقانون ، ج١، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت –لبنان ، ص٤١ ، حسن حسن منصور ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ، خالي من مكان الطبع ، خالي من سنة الطبع ، ص٣٢ ، ١٩٣١ ، محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط٢،دار الفكر ،الأردن،٢٠٠٧، ص٥٤ .

(١٧٠) محمد سمارة ، مرجع سابق ، ص٩٩ .

(١٧١) العلامة الطباطبائي ، مختصر تفسير الميزان ، ترتيب مصطفى شاكر، ط١ ،مكتبة النجار للتوزيع، بلا مكان طبع ،٢٠٠٦ ، ص ١٢٦ .

(١٧٢) سورة النساء الآية (١٤١) .

(١٧٣) سورة آل عمران الآية (٢٨) .

(١٧٤) أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان في تفسير القران ، ج٢ ،ط١، حققه محمد الأمين العاملي ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٥ ، ص ٢٧٣ ، جمال جبريل الضمراني ، مرجع سابق ، ص١٣٥ ، السيد سابق ، فقه السنة ، ج٢، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة ، بلا سنة الطبع ، ص١٩٧ .

(١٧٥) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ،ج٢ ،مرجع سابق، ص٥١١ ، شمس الدين السرخي ، ج٤، مرجع سابق ، ص٢٢٤ .

(١٧٦) علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني ، ج٢، مرجع سابق ، ص٥٠١.

(١٧٧)العلامة الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند ، ج١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت –لبنان ، بلا سنة الطبع ،ص٣٦٤ ، منصور يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع على متن الاقناع، ج٥ ، مرجع سابق، ص٦٣ ، أبو محمد عبد الله بن محمد بن احمد بن قدامة ، ج٧، ، مرجع سابق ، ص٣٥٦ ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، ج٥ ، مرجع سابق ، ص٤١١، أبو إسماعيل بن يحيى المزني، ج١، مرجع سابق ، ص١٦٥، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩، مرجع سابق ، ص٤٧٣ العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ،ج٢، مرجع سابق ، ص٢٢٥ ،أبو بركات الشيخ أحمد الدردير ، ج٢، مرجع سابق ، ص٢٣١، ابن أبي زيد القيرواني ، ج١، مرجع سابق ، ص٤٣٦ ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرعيني ،ج٥، مرجع سابق ، ص٧١ ،أحمد بخيت الغزالي و د.عبد الحليم محمد منصور ،مرجع سابق ، ص٤٦٩.

(١٧٨) السيد هاشم الموسوي ،ج٢ ، مرجع سابق ، ص٢٤٤.

(١٧٩) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، ج١٠، مرجع سابق، ص٧١-٧٢، جمال جبريل الضمراني ، مرجع سابق ، ص١٣٥ ، محمد زيد الابياني ، مرجع سابق ، ص٦٤ .

(١٨٠) سورة الأنفال الآية (٧٣).

(١٨١) د. محمد خضر قادر ، دور الإرادة في أحكام الزواج (دراسة فقهية مقارنة) ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، ٢٠١٠ ،ص١٩٢،محمد زيد الابياني ، مرجع سابق ، ص٦٤ ، فاروق عبد الله كريم ،مرجع سابق ،ص٨٩ .

(١٨٢) الأمانة لغة : الأمن ضد الخوف والآمنة : الأمن ومنه قوله تعالى ((امنة نعاساً)) واتمن فلانا أي استأمن إليه دخل في أمانه وقوله تعالى ((وهذا البلد الأمين)) يريد بذلك البلد الأمين وهو من الأمن ، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي ،مرجع سابق ، ص٢٨.

(١٨٣) محمد كمال الدين إمام ، مرجع سابق ،ص١٠٩ .

(١٨٤) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ،ج٣، مرجع سابق ،ص١٥٥،، شيخ الدين زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الأنصاري ، ج٢، مرجع سابق ،ص٦٣، يحيى بن شرف الدين النووي ،ج٥، مرجع سابق، ص٤١٠ .

(١٨٥) أبو محمد عبد الله بن محمد بن احمد بن محمد بن قدامة ، ج٧،مرجع سابق ، ص٣٥٦-٣٥٧، أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ،ج٩، مرجع سابق، ص٤٦٣، محمد ابو زهرة ،مرجع سابق ، ص١٧٤، محمد جواد مغنية ، مرجع سابق، ص٦٢.

(١٨٦) أبو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى للبيهقي ، ج٧ ، دار الفكر للطباعة والنشر ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص١١١ .

(١٨٧) عبد الفتاح محمود إدريس ، حكم ولاية الفاسق (بحث فقهي مقارن) ،ط١، بلا مكان الطبع ، ١٩٩٣،ص٨٢.

(١٨٨) المرجع نفســه ، ٨٦ص .

(١٨٩) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص١٦٣ ،علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني ،ج٢، مرجع سابق ، ص٥٠١ ، أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي،ج٧، مرجع سابق، ص٣٥٧، صالح عبد السميع الأبي الزهري ،ج١، مرجع سابق، ص٤٣٦، شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ،ج٦، مرجع سابق، ص٢٣٣، أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ج٣، مرجع سابق ، ص٥٤.

(١٩٠) سورة النور الآية (٣٢).

(١٩١) علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني ،ج٢، مرجع سابق ، ص٥٠١ .

(١٩٢) الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، ج١، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع ، ص٦٣٣، د. محمد يوسف ، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، بلا مكان الطبع ، بلا سنة الطبع ، ص ١٥٦ .

(١٩٣) عبد الفتاح محمود إدريس ، مرجع سابق ،ص٨٦ .

(١٩٤) الولي المرشد :- يقصد به عند المالكية والحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح فإن كان يحسن معرفة الكفء ومصالح النكاح صحت ولايته ويعتبر الرشد شرط كمال ، أما عند الحنفية فيعد الرشد ليس شرط صحة ولا شرط كمال وان يقصد به عدم تبذير المال وقاسوا ولاية المال على ولاية الزواج ، لكن رد على ذلك فقهاء الشافعية بقولهم : (أن قياس ولاية النكاح على ولاية المال قياس باطل لأن ولاية الفاسق على المال محل خلاف بين الفقهاء كما أن المحجور عليه لسفه لا يجوز أن يباشر عقد النكاح لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلا يجوز أن يكون ولياً لغيره) ، منصور بن يونس بن ادريس

البهوتي،ج٥ ، مرجع سابق، ص٦٤، جمال جبريل الضمراني ، مرجع سابق ، ص١٣٨-١٣٩، محمد الغروي ،الأحوال الشخصية على المذاهب الإسلامية الخمسة ،العارف للمطبوعات، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع،ص٥١-٥٢

(١٩٥) د. محمد كمال الدين إمام ، مرجع سابق، ص١٠٩ .

(١٩٦)أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،القسم الأول والثاني، مرجع سابق، هامش ص٥١٥ .

(١٩٧) واستثنى المالكية من ذلك المرأة إذا كانت مالكة أو وصية أو معتقة لذكر حيث لها في الأقوال الثلاثة أن تلي التزويج على المشهور ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ،ج٥، مرجع سابق، ص٦٤، بدران أبو العينين ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية ،مرجع سابق، ص١٤٢ .

(١٩٨) لكن استثنى الشافعية المرأة أذا تسلطت على الإمامة فان حكمها ينفذ ويصح تزويجها ، محمد الشربيني الخطيب ، ج٣، مرجع سابق، ص١٥٤.

(١٩٩) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، ج٩، مرجع سابق، ص٤٥٩، محمد بن إدريس الشافعي ،ج٥، مرجع سابق، ص٢٠ ، محمد الشربيني الخطيب، ج٣، مرجع سابق، ص١٥٥، أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدامه المقدسي ، ج٧، مرجع سابق، ص٣٥٦ .

(٢٠٠) ياسين صالح عبد الكريم ،أحكام الولاية في عقد الزواج ،بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ٣ ،ع٥ ،٢٠٠١،ص٢٣١.

(٢٠١) أحمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص١٧١، عثمان التكروري ، مرجع سابق، ص٧٥، محمد سمارة ، مرجع سابق، ص٩٩.

(٢٠٢)جعل القانون المدني العراقي المجنون والمعتوه كالصغير إلا أنه ميز بين المجنون والمعتوه في الحكم فعدَ المعتوه في حكم الصغير المميز بينما عُد المجنون جنون مطبق في حكم الصغير غير المميز أما المجنون جنون غير مطبق فعدَ تصرفاته حال الإفاقة كتصرفات العاقل ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٨) من القانون المدني العراقي بقولها: (الجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز أما الجنون غير

المطبق فتصرفاته حال الإفاقة كتصرفات العاقل) ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام – مصادر الالتزام) ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢، ص٢٨٠ ، د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧، ص١٧١.

(٢٠٣) د. علي محمد إبراهيم الكرباسي ، مرجع سابق ،ص ١٥.

(٢٠٤) القرار رقم ٦٩/٥٤٧ تاريخه ١٧/ ٨/ ١٩٦٩، قضاء محكمة تمييز العراق ، مجلد السادس، ١٩٦٩.

(٢٠٥) القرار رقم ١٤٠٣/ شرعية / ٧٠تاريخه ١٢/٩/ ١٩٧٠، النشرة القضائية ، ع٤، س الأولى ، ص٤ .(٢٠٦) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في احد قراراتها بقولها :(بلوغ القاصر إحدى وعشرون سنة دون الحكم بإستمرار الوصاية عليه

أثره في ثبوت الأهلية الكاملة) طعن رقم ٢٨١/ ٩٥٢ لسنة ٤٩ق/ أحوال شخصية / جلسة ١٩٨١/٦/٢٣ ، مجموعة الأحكام العدلية المدنية الصادرة من الهيئة العامة للمواد التجارية والمدنية ودائرة الأحوال الشخصية ، ج٢، ع٣٢، س٢١، شؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، ١٩٨١، ص٤١.

(٢٠٧) أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق، ص٣١.

(٢٠٨) يقابلها الفصل (٨) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم ١٣ لسنة ١٩٥٦ والتي تضمنت ما يلي : (الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون ذكراً عاقلاً رشيداً---) .

(٢٠٩)وقررت محكمة النقض السورية بهذا الخصوص بما نصه : (لا تثبت الولاية لمن غلب على أحواله عدم الصلاح وثبت أنه غير مأمون على الصغير لأن الولاية للصلاح والحفظ والصيانة فلا يتولاها من اشتهر بالفساد وإنْ كان أباً) [٣] قرار ٦٨٦ / ٨٣ تاريخه ٢٠/ ١٠/ ١٩٨٣ ، مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين في سورية ، س٤٩ ، ع٦، ١٩٨٤ ، ص ٦٧٦ وبنفس المعنى القرار رقم ٥٢/ ٨٤ تاريخه ٢٥/ ١/ ١٩٨٤ ، مجلة المحامون يصدرها نقابة المحامين في سورية ، س٤٩ ، ع١١، ١٩٨٤، ص١١٨٨ .

(٢١٠) تقابلها المادة (١٨ /١) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ والتي نصت على أنه: (إذا كان الولي الأقرب مخالفا في الملة أو مجنونا أو تعذر الاتصال به أو خفي مكانه انتقلت الولاية لمن يليه).

(٢١١) وهذا ما نصت عليه المادة (١١/ ب) من قانون الأحوال الشخصية العماني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ والتي نصت:(يشترط في الولي أن يكون ذكراً،عاقلاً، بالغاً، غير محرم بحج أو عمرة ،مسلماً إذا كانت

الولاية على مسلم) ، وكذلك المادة (٢٦) من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ التي نصت على أنه: (الولي في الزواج هو الأب ،فالجد العاصب،فالابن ، فالأخ الشقيق ثم لأب ،فالعم الشقيق ثم لأب يشترط في الولي أن يكون ذكرا عاقلاً بالغاً غير محرم بحج أو عمرة مسلمٍ إذا كانت الولاية على مسلمة) .

مــراجع البحـث

القران الكــريم

أولاً / مراجع الشريعة الإسلامية

أ- كتب التفسير

١. أبـو علـي الفضل بـن الحسن الطبرسـي ، مجمـع البيـان فـي تفسير القـران ،ج٢ ، حققـه محسن الأمـين العاملي ، ط١ ، مؤسسه الاعلمي ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥.

٢..أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تاويل أي القران ، ج٤،ج١٠،ج٢٨، حققه وأخرجه صدقي جميل العطار ، دارالفكر للطباعة والنشر ،بلا مكان طبع ، ١٩٥١.

٣.العلامة محمد حسين الطباطبائي ، مختصر تفسير الميزان ، ترتيب مصطفى شاكر، ط١ ،٢٠٠٦ .

٤. أبـو عبد الله محمد بن عمر بن حسين الرازي ، التفسير الكبير ،ج١٠ ، ط١ ،المطبعة البهيـة المصرية ،مصر ،١٣٥٧ هـ- ١٩٣٨ م.

ب/ كتب الحديث النبوي الشريف وشروحه :-

١. أبـي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٦ ،تحقيق محمد عبد القادر عطا ، مكتبه دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٨٤ .

٢. أبـي عبد الله محمد بن أسماعيل بن ابراهيم البخـاري الجعفـي ، صـحيح البخـاري ، ج٦ ، دار الفكر للطباعه والنشر، استانبول ، بلا سنه طبع .

٣. محمد بن علـي الشوكاني ، نيل الاوطار وشرح منتهى الاخبار من أحاديث الاخيار ، ج٦ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، بلا سنة طبع .

٤. أبـي عبد الله بن يزيد القزويني المعرف بـابن ماجة ، سنن أبن ماجـه ،ج١ ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بلا مكان طبع ، بلا سنه طبع .

٥. محمد بن يعقوب الكليني ، فروع الكافي ،ج٥ ، دار المرتضى ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٦.

د/ كتب الفقه الإسلامي

- الفقه الأمامي :

١.السيد العاملي ، نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الاسلام ،ج١ ،ط١ ، مؤسسة النشر الاسلامية ،بلا مكان طبع ،١٤١٣هـ.

٢.زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ،ج٧ ،مؤسسة المعارف الاسلامية ،بلا مكان طبع ،١٤١٣هـ .

٣. ---------------------------------- ، منهاج الصالحين (المعاملات) ،ج٣ ،المؤسسة العلمية للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، ١٤١٦ هـ .

٤.السيد محسن الطباطبائي الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج١٤ ، ط٤ ، مطبعة الاداب ، النجف الاشرف ، ١٤٠٤هـ.

٥.أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، الخلاف ، ج٤ ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، ١٤١٤ هـ .

٦.-------------------- ، المبسوط في فقه الأمامية ، ج٤ ،المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٧.------------------------- ، النهاية ، ج١ ،إنشاءات قدس المحمديه ، قم ، بلا سنة طبع

٨.محمد تقي المدرسي ، أحكام الاسلام ،ط٢ ،دار المحبى الحسين(عليه السلام) ،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٣ .

٩. محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، الروضه البهية شرح اللمعة الدمشقية ،ط٤ ، دار التفسير ، قم ، ١٣٨٢ هـ.

١٠. الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ج٢٩ ،ط١ ،دار أحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، ١٩٨١.

١١. السيد محمد صادق الصدر ، ما وراء الفقه ،ج٦ ،ط١ ،دار الاضواء للطباعة والنشر ، ٢٠٠٩ .

١٢.الشيخ محمد بن علي بن بابويه الصدوق ، الهداية في الاصول والفروع ، ط١ ، مؤسسة الهادي ،قم ،١٤١٨ هـ .

١٣.أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج١ ،ج٢ ،بلا مكان طبع ، بلا سنه طبع .

١٤. ---------------- ، المختصر النافع في فقه الإمامية ،ط٢ ، منشورات قم للدراسات الاسلامية ، طهران ، ١٤٠٢ هـ .

١٥.------------------ ، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ،ج٢ ،دار مكتبة الحياة ، بيروت ، ١٢٩٥ هـ .

١٦.السيد هاشم الموسوي ، تلخيص المرام في معرفة الأحكام (رسالة في الأحكام الشرعية)،ط٣،دار المؤرخ العربي،بيروت –لبنان ،٢٠٠٢ .

الفقه الحنفي :

١. زين الدين بن نجم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٣،ط٢، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع .

٢. شمس الدين السرخي المبسوط ، ج١ ،ج٣ ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع

٣. علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ،ج٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٤ م.

٤. علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ط١ ، المكتبة الحبيبة، بلا مكان طبع ، ١٩٨٩م.
٥. فخر الدين عثمان بن علي الزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٢ ، دار المعرفة، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع
٦. محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية ، رد المحتار شرح تنوير الابصار ، ج٣ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥ م.
٧. الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، بلا سنة طبع .

٣- الفقه المالكي :

١. أحمد بن أحمد الجنكي الشنقيطي ، مواهب الجليل من أدلة خليل ،ج٣ ،دار أحياء التراث العربي ، قطر ، ١٩٨٦.
٢. أبو بركات الشيخ الكبير الدردير ، الشرح الكبير ،ج٢ ، دار الكتب العربيه ،عيسى البابي وشركاؤه ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
٣. خالد عبد الرحمن العك ، موسوعة الفقه المالكي ،ج٣ ،ط١ ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، سورية – دمشق ، ١٩٩٣ م .
٤. شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج٢ ، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
٥. صالح عبد السميع الآبي الزهري ، الثمر الداني في تقريب المعاني ،ج١ ، المكتبة الثقافية ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع .
٦. عبد العزيز ال مبارك الاحسائي ، تبين المسالك شرح تدريب المسالك إلى أقرب المسالك ،ج٣ ،دار العرب الاسلامي ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
٧. مالك بن أنس الاصبحي ، المدونة الكبرى ،ج٢ ،دارالكتب العلمية ، بيروت – لبنان
٨. ، بلا سنة طبع .٨.--------------، الموطأ ، ج٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٥ .
٩. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ج٢ ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥ م .

١٠. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ،ج٥ ، ط١ ،دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥م .

١١.أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ،ج٣ ،ط١ ،المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق – مصر ،١٣١٧ هـ .

٤ – الفقه الشافعي :

١.أبو إسحاق إبرهيم بن يوسف الفيروز اباذي الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ج٢ ، مطبعة عيسى البابي وشركاؤه ، مصر ، بلا سنة طبع .

٢. أبو العباس أحمد بن عمر الديربي الشافعي ، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة ، مكتبة الشرق الجديد ، بغداد ، بلا سنة طبع .

٣. أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزني ،مختصر المزني ، ج١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، بلا سنة طبع .

٤. فتح الدين زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الانصاري ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، ج٢ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٨ .

٥. الإمام زكريا يحيى الدين النووي ، المجموع شرح المهذب، ج١٦ ، دار الفكر، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٦. شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج٦ ، مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٨٣.

٧. محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، ج٥، ط١ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٠ .

٨. محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٣ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٥٨.

٩. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع .

٥- الفقه الحنبلي :

١. . شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي ، الشرح الكبير ، ج٧ ،دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
٢. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، المغني ،ج٧ ،دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع ، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع .
٣. معجم الفقه الحنبلي ، مستخلص من كتاب المغني لابن قدامه ،ج١ ،ج٧ ،ط١ ، مسألة رقم (١٥١٥) .
٤. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، شرح منتهى الارادت ،ج٣ ،عالم الكتب ، بيروت- لبنان ، ١٤٠٦ هـ .
٥. ------------- ، كشاف القناع على متن الاقناع ،ج٥ ،ط١ ،دار أحياء التراث العربي ، بيروت- لبنان ،١٩٩٩ .

٦- الفقه الزيدي :

١.أحمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع المذاهب علماء الأمصار ،ج٣ ،ط١ ،مطبعة أنصار السنة المحمدية ، مصر ، بلا سنة طبع.

٣. العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ، شرح الأزهار ،ج٢ ،بلا مكان طبع ، ١٢٠٧هـ.

٤.الإمام يحيى بن الحسين ، كتاب الأحكام في الحلال والحرام ، ج١ ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع

٧- الفقه الظاهري :

١- أبو محمد علي بن سعيد بن حزم ، المحلى ،ج٩ ،دار الفكر ، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع .

هـ/ المراجــع الفقهية المتفرقة :-

١- د.أحمد ابراهيم بك وواصل علاء الدين احمد ابراهيم ، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون ،ط ٥ ،بلا مكان الطبع ،بلا سنة طبع .

٢- د.أحمد بخيت الغزالي ود.عبد الحليم محمد منصور ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،ط١ ،دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ،٢٠٠٨-٢٠٠٩ .

٣- د. أحمد الحصري ، الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي ، دار الجيل ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٤- د. أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .

٥- د.أحمد محمد علي داود ، فقه الأحوال الشخصية المقارن ،ج١ ،ج٢ ،ط١ ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،٢٠٠٩ .

٦- د. بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية ، الجعفرية والقانون ،ج١ ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ١٩٦٧ .

٧- د.--------------، الشريعة الإسلامية (نظرية الملكية والعقود) ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .

٨- د.حسين خلف الجبوري ، الزواج ، بيان أحكامه في الشريعة الإسلامية ، بغداد ، بلا سنة طبع

٩- د.زكي الدين شعبان ، الزواج والطلاق في الإسلام ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ،١٩٦٤.

١٠- الشيخ سيد سابق ،فقه السنة ،ج٢ ،دار الفتح للأعلام العربي ، القاهرة ، بلا سنة طبع

١١- د.سميع عاطف زين ،موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة ،ج٣ ،دار الكتاب المصري واللبناني ، بلا مكان طبع ،٢٠٠٣.

١٢-عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة (النكاح والطلاق) ج٤ ،دار التقوى للطباعة والنشر والتوزيع ،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٣ م .

١٣- د.عبد الفتاح محمود إدريس ، حكم ولاية الفاسق (بحث فقهي) مقارن ،ط١ ، بلا مكان طبع ،١٩٩٣ .

١٤- د.عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ،منشورات مكتبة المثنى ، بغداد ،١٩٤٧.

١٥- الشيخ عبد الله المراغي ، الزواج والطلاق في جميع الأديان ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في الجمهورية العربية المتحدة ،١٩٦٦ .

١٦- د.عبد المجيد محمود مطلوب ،الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

١٧ – د.علي الخفيف ، أحكام العاملات الشريعة ،ط٤ ،مطبعه السنة المحمدية ،القاهرة ، ١٩٥٢ .

١٨- د.محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج وأثاره ،دار الفكر العربي ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

١٩- د. محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية ،ط١ ،الشركة الأهلية ، بغداد ، ١٣٧٨ هـ – ١٩٥٨ .

٢٠- د.محمد خضر قادر ، دور الإرادة في أحكام الزواج (دراسة فقهية مقارنة)،دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ،عمان – الاردن ،٢٠١٠ .

٢١ – محمد زيد الابياني ، شرح الأحكام الشرعية ،ج١ ،ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية بلا مكان طبع ،٢٠٠٦ .

٢٢- محمد علي الأنصاري ، الموسوعة الفقهية الميسرة ،ج٧ ،ط ١ ،مجمع الفقه الأسلامي، بلا مكان طبع ، ١٤٢٧ هـ .

٢٣- د.محمد قدري باشا ، الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ،ج١ ،ط١ ،دار السلام للطباعة والنشر ، القاهرة – مصر ، بلا سنة طبع .

٢٤.د.محمد كمال الدين إمام ، الزواج ،الطلاق في الفقه الإسلامي ،ط١ ،المؤسسة الجامعية للنشر التوزيع ، بيروت – لبنان ،١٩٩٦.

٢٥– د.محمد يوسف ، أحكام الاحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع

٢٦– د.مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية) ،ج١ ،ط٣ ،مطبعة الجامعة السورية ،بلا مكان طبع ،١٩٥٣.

٢٧– ------------- ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) ،ج٢ ،ط٣ ،مطبعة الجامعة السورية ،دمشق ، ١٩٥٨ .

ثانياً / المراجــع القانونيـة

أ– الكــتب

١– د.أحمد إبراهيم بك ،أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابه ، مطبعة العلوم ، القاهرة ،١٩٤٠ .

٢– د.أحمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي ود.محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ،ط١ ،بلا مكان الطبع ، ١٩٨٠ .

٣– د.أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح القانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ،ج١وج٢ ، بغداد ، بلا سنة طبع .

٤–د.أحمد نصر الجندي ، الاحوال الشخصية في قانون الأمارات العربية المتحدة ، دار الكتب القانونية ،مصر ،٢٠٠٧ .

٥------------ ، موسوعة الأحوال الشخصية الزواج والطلاق والتفريق بين الزوجين ، دار الكتب القانونية ،مصر ،٢٠٠٦ .

٦- د.اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ،ط٢ ،مكتبه عبد الله وهبه ، مصر ، ١٩٥٨.

٧- جمال جبريل الضمراني ، الولاية والشهادة في النكاح ،ط١ ،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ،بلا مكان طبع ، ٢٠٠٧ .

٨- د.حسن علي السمنى ، الوجيز في الأحوال الشخصية ، الزواج والطلاق ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٩- د.حسني نصار ، تشريعات حماية الطفولة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .

١٠- د.حسن حسن منصور ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

١١- د.رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، بلا سنة طبع.

١٢-د.زكريا أحمد البري ، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون ، دار الاتحاد العربي للطباعة ،القاهرة ،١٩٧٤ .

١٣- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ،ط٦ ،مطبعة السلام ،مصر ، ١٩٨٧.

١٤- د.عادل قورة ،تشريعات الطفولة في مصر ،مطابع الشروق ،القاهرة ، ١٩٨٨.

١٥- د.عبد الله شبهون ، الشافي في شرح مدونه الأسرة المغربية ،ج٢ ،ط١ ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

١٦- د.عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري ،دار الكتب القانونية ، مصر ، بلا سنة طبع.

١٧- عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام ومصادر الالتزام)،دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢

١٨- د.---------------- ، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام ،ج١ ،دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٤ .

١٩- د.عبد العزيز رمضان سمك ، أحكام الأسرة الإسلامية في الفقه الإسلامي والقانون المصري ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٢٠- د.عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)،ج١ ،المكتبة القانونية ، بغداد ،١٩٧٧ .

٢١- ------------- ، الوسيط في نظرية العقد ،ج١ ،شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ١٩٦٧،

٢٢-د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري و د.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني المصري (مصادر الالتزام) ،ج١ ،بلا مكان طبع ، ١٩٨٠ .

٢٣-د.عبد الناصر توفيق العطار ، الوسيط في أحكام الأسرة ، المكتبة الأزهرية للتراث ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٨ .

٢٤-د.عبلة عبد العزيز عامر ، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

٢٥-عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال الشخصية ،ط١ ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .

٢٦- علي محمد ابراهيم الكرباسي ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (تعليق على النصوص) ، المكتبة القانونية ، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع .

٢٧- د.عمرو عيسى ، الموسوعة الشاملة في الاحوال الشخصية ،ج١ ،بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٢٨- د.فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، السليمانية ، ٢٠٠٤ .

٢٩-د.محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨.

٣٠-د.محمد كمال الدين أمام و د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٣١-د. محمود سعد الدين شريف ، شرح القانون المدني (نظريه الالتزام) ،ج١ ،مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ .

٣٢-.محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ،ط٢ ،دار الفكر ، الأردن ، ٢٠٠٧ .

٣٣-د.مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج وإنحلاله) ،ج١ ،ط١ ،دار الوارق للنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠١٠ .

ب / البحـوث

١- ياسين صالح عبد الكريم ، أحكام الولاية في عقد الزواج ، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ٣ ، ع ٥ ، ٢٠٠١.

ج / الـرسائل والأطاريـح الجامعية

١- حميد سلطان الخالدي ، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل ، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون جامعة النهرين ، ٢٠٠٤.

٢- سامي إبراهيم أحمد ، مسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته ، رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٨٣.

٣- ساهرة حسين آل ربيعة ، التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس ، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ .

٤- متولي عبد المؤمن ، نظام الوصاية والقوامة على القصر في القانون الروماني والشريعة الإسلامية ، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ١٩٩٩.

هـ / الموسوعات والمجموعات القضائية

١. إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم الأحوال الشخصية ، مطبعة اسعد ، ١٩٨٩ .
٢. النشرة القضائية ، جمهورية العراق ، وزارة العدل ، س١ ، ع ٤ .
٣. قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد السادس ، ١٩٦٩ .
٤. مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والتي قررتها محكمة النقض المصرية ، س ٢١ ، ع ٣ ، مطبعة دار القضاء العالي ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
٥. مجموعة الأحكام العدلية المدنية الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية ، ج٢ ، س٢١ ، ع٣٢ ، شؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، ١٩٨١.
٦. موسوعة المعارف القانونية (الاصدار المدني)، اعداد يسار محمود نصار ،ج١ ، اصدار المجموعة الدولية محاماة ، ١٩٨٢ .

د/ القوانين والأعمال التحضيرية

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨ .
٣- القانون المصري الخاص بحالات سلب الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .
٤- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣.
٥- مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم ١٣ لسنة ١٩٥٦ .
٦- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
٧- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ .
٨- قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.
٩ – قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ .
١٠– قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ .
١١– قانون الأحوال الشخصية العماني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ .

١٢ – قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

١٣– قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ .

١٤– قانون الأحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.

ثالثاً / المعاجم اللغوية :–

١- بطرس البستاني ، محيط المحيط ،ج٢ ،باب الواو ،بيروت – لبنان ،١٢٨٦هـ –١٨٧٠ .
٢- –مجد الدين الفيروز أباذي ، القاموس المحيط ،ج٤ ،فصل الواو ،ط٣ ،المطبعة المصرية ، بلا مكان طبع ،١٣٥٢ هـ – ١٩٦٣ م .
٣- . محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرضوان ، حلب ، ٢٠٠٥ .
٤- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور ، لسان العرب ،ج٥ ، فصل الواو – حرف و ي ، بيروت ، ١٣٧٦هـ– ١٩٥٦ م .

Abstract

The marriage contract of contracts that wants Islamic law in his respect and maintain because of its importance Lies in its implications should be carefully concluded and what was over the evidence of the state deficit ward to recognize the face of interest, including that women may not be able to recognize the face of interest has to get better women's choice of husband, especially since women have been printed to create and instincts make them more vulnerable and faster Ankieda to the rule of emotion from the man and the greatest need of this decade to become aware of the consequences of things that made the Islamic femininity of the reasons for jurisdiction over the self and thus has to be that women have the crown back to him The mandate here is a matter of protection and care. As this has a guarantee to achieve the desired goal of marriage ...

To achieve the objectives of this research, we found it appropriate to divide the research on the subject of the concept of the state in the marriage contract on three topics, in the first research to show the definition of the state, and in the second section Nstzar items the state, while the third section Venard state in which the conditions

The concept of the state in marriage

(Comparative study between Islamic jurisprudence and personal status laws)

By

A. P. D. Salam Abdul-Zahra al-Fatlawi

&

Angham Mahmoud Shaker